

CAPÍTULO 8

LOS TRASLADOS DE RESIDENCIA FISCAL A OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE: PROBLEMAS A LA LUZ DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

RAFAEL SANZ GÓMEZ

Profesor Ayudante Doctor

Universidad de Sevilla

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LIBERTADES DE CIRCULACIÓN Y SISTEMAS TRIBUTARIOS ESTATALES

Es imposible –y así lo anticipa el título de este trabajo– analizar los problemas inherentes al traslado de residencia fiscal sin tener muy en cuenta el marco regulatorio de la Unión Europea. Legislación interna y reflexión teórica avanzan al ritmo marcado por la evolución de la normativa de la Unión y de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia (en lo sucesivo, TJUE).

En una concepción clásica, el poder tributario es una de las atribuciones del Estado, el cual se caracteriza por los elementos de territorio, población y poder. El poder tributario suele estar estrechamente vinculado al territorio, a través de la persona (criterio de la residencia) o de una actividad o activo patrimonial (criterio de la fuente). Ello explica que el sistema fiscal reaccione ante el traslado de alguno de estos elementos fuera del ámbito de competencia del Estado. Los impuestos de salida son reglas destinadas a evitar operaciones de elusión o evasión fiscal, o bien pueden operar como regla de cierre del sistema, gravando las plusvalías latentes cuando un contribuyente deje de estar sujeto a la potestad tributaria del Estado en que era residente cuando se generaron¹.

Junto a este concepto “clásico” de impuesto de salida, existen otras disposiciones fiscales vinculadas con los traslados de residencia, como las que determinan una extensión ficticia de la condición de residente (es decir, los llamados *trailing taxes*, que parte de la doctrina considera también impuestos de salida: RAMÍREZ GÓMEZ, 2016, págs. 371-372); así como diversos métodos para recuperar beneficios fiscales que hayan quedado diferidos en el tiempo (MARTÍN RODRÍGUEZ, 2015, pág. 141).

Frente a la importancia de la territorialidad en los sistemas tributarios, la construcción europea implica sobre todo la libre circulación de los factores de producción en el Mercado común. El

¹ El Estado de origen podría gravar rentas determinadas, sobre la base del criterio de la fuente. Pero debe tenerse en cuenta que, según el Modelo de CDI de la OCDE, el Estado de la fuente sólo puede gravar las ganancias derivadas de la enajenación de inmuebles localizados en el Estado de la fuente, las derivadas de elementos afectos a un establecimiento permanente situado en dicho Estado y de acciones o participaciones en sociedades inmobiliarias (JIMÉNEZ-VALLADOLID, 2013).

TJUE sostiene que si se activa un impuesto de salida en sentido estricto o cualquier otra medida tributaria cuando un contribuyente traslada su residencia, este quedará sometido a un trato desfavorable en comparación con la persona que mantiene su residencia en el país de origen². El Estado debería alegar algún motivo de interés general –como la prevención de conductas abusivas o el reparto equilibrado de la potestad tributaria– para justificar el mantenimiento de un obstáculo al ejercicio de una libertad fundamental.

Sobre estas tensiones se desarrollará el presente trabajo. Una frase tan simple como “si bien es cierto que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben ejercitarla respetando el Derecho de la Unión” ha cuestionado algunos de los fundamentos de los sistemas tributarios estatales. Nos ha obligado a replantearlos desde un nuevo marco. Hasta podría decirse, por la propia dinámica de la construcción europea, que ha obligado a una especie de salto sin red. En materia de impuestos de salida, los Estados se vieron obligados a confiar en que el resto de Estados, tal vez en perjuicio de sus propios intereses, colaborarían con ellos en la recaudación de rentas futuras.

La fijación de los criterios que determinan la residencia es competencia de los Estados, que la ejercen bajo la influencia de los patrones generados en instancias internacionales como la OCDE. Tomando como ejemplo el artículo 9 LIRPF, la residencia de las personas físicas se fija sobre la base del tiempo transcurrido en el territorio (más de 183 días, sin descontar las ausencias esporádicas) o el lugar donde se tenga el núcleo principal o la base de las actividades o intereses económicos o vitales. La nacionalidad raramente se usa como criterio de sujeción (Estados Unidos y Filipinas son excepciones).

En el caso de las personas jurídicas, el artículo 8 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en lo sucesivo, LIS) tiene en cuenta tres criterios: el de la constitución conforme a las leyes españolas, el del domicilio social y el de la sede de dirección efectiva. Vemos que el Estado de creación es un criterio relevante, al contrario que la nacionalidad. Esto tiene su razón de ser: las sociedades son creación de un concreto ordenamiento jurídico y no pueden existir al margen de lo que establezca dicho ordenamiento. Esta cuestión afecta al régimen (mercantil) de la movilidad societaria³, y es necesario conocerla para analizar las problemáticas específicamente tributarias.

También desde la perspectiva del Derecho de la UE existen diferencias entre las personas físicas y las jurídicas en el ejercicio de su libertad de establecimiento, aunque de otro tipo (ARENAS GARCÍA, 2017). Cualquier persona física nacional de un Estado miembro es titular de las libertades de circulación, que protegen el traslado de residencia, en sí mismo considerado, a otro Estado miembro⁴. Por el contrario, las personas jurídicas son *criaturas* del Derecho y eso influye

² Sentencia de 11 de marzo de 2004, *Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138, ap. 46. El TJUE, por tanto, aplica un juicio de discriminación que compara a un par migrante/no migrante.

³ En este sentido, ARENAS GARCÍA (2017, págs. 32-33 y 37-38) y VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, (2016b, pág. 276).

⁴ Por ejemplo, la libre circulación de trabajadores (si una persona cambia su residencia para desarrollar una actividad por cuenta ajena en otro Estado), la libertad primaria de establecimiento (si una persona decide iniciar su activi-

decisivamente en cómo se les aplica la libertad de establecimiento, pese a la aparente equiparación que encontramos en el artículo 54.1 TFUE. De acuerdo con el TJUE, un Estado miembro dispone de la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida de conformidad con su Derecho interno (y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento) como el requerido para mantener posteriormente tal condición⁵. Ahora bien, también esta normativa interna debe cumplir con los principios de no-discriminación y no-restricción incorporados en las libertades de circulación⁶. Los Estados deberán también reconocer la personalidad jurídica de una empresa que haya sido creada conforme al Derecho de otro Estado⁷ (principio de reconocimiento mutuo).

Sobre la base de criterios similares de no-restricción y la prohibición de discriminación de las situaciones transfronterizas frente a las internas, el Tribunal de Justicia no ha encontrado problemas para considerar que los impuestos vinculados con los cambios de residencia quedaban condicionados por las libertades de circulación⁸. El análisis de dicho cuerpo de jurisprudencia nos muestra que –y ello justifica la estructura de este trabajo– los condicionantes fijados en la jurisprudencia del TJUE para los impuestos de salida son distintos para las personas físicas (que se analizarán en el epígrafe tercero) y para las personas jurídicas (objeto de los epígrafes cuarto y quinto). En el caso de las personas jurídicas existen también problemas concretos, como la extin-

dad económica en un Estado diferente de aquel del que es nacional) o la libertad secundaria de establecimiento (si, una vez iniciada una actividad, decide ejercerla también en otros Estados con carácter permanente). A veces, por último, estaremos ante el ejercicio de un derecho de libre circulación derivado de la ciudadanía de la Unión (sería el caso de un pensionista o, en primera instancia, de un estudiante).

⁵ Como consecuencia, y como es bien conocido, una sociedad constituida de acuerdo con la normativa de un Estado miembro, y con su sede en el mismo, no tiene el derecho a trasladar la sede a otro Estado y, al mismo tiempo, conservar su condición de sociedad del primero (sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail*, 81/87, ECLI:EU:C:1988:456, ap. 24).

⁶ Por ejemplo, es incompatible con la libertad de establecimiento una normativa nacional que, permitiendo a las sociedades estatales la facultad de transformarse, no permita, de manera general, la transformación de una sociedad de otro Estado miembro en sociedad estatal mediante la constitución de esta última (sentencia de 12 de julio 2012, *VALE Építési*, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440).

⁷ Sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, ap. 30.

⁸ Con todo, se ha afirmado que en *Daily Mail* el juez nacional que remitió la cuestión prejudicial al TJUE no supo plantear la problemática correctamente, y que no existen grandes diferencias entre ese caso y un impuesto de salida. Para VILÁGI (2012, pág. 353), el supuesto tratado en la sentencia sobre el régimen británico era “en la práctica, un impuesto de salida disfrazado como un asunto de Derecho societario, puesto que la autorización de la Administración tributaria [para el cambio de residencia] sólo se concedía a las empresas que hubieran abonado el impuesto sobre las plusvalías pendientes que se hubieran generado en el Reino Unido antes de la transferencia de la sede” (traducción propia). El Estado de origen reconocía una serie de derechos relativos a la salida, aunque sujetos a condicionantes que implicaban un amplio margen de discrecionalidad administrativa. Pues bien, consideramos que esta discrecionalidad debe ejercerse de conformidad con las libertades de circulación, afirmación claramente consolidada en el ámbito de las ayudas de Estado y que podemos trasladar a este ámbito. No es admisible que la práctica administrativa genere una discriminación migrante/migrante, por ejemplo, si se usan criterios discriminatorios para conceder el traslado de residencia (aunque es cierto que la comparación migrante/migrante no se consolida hasta, aproximadamente, la última década; algo que puede extraerse de CORDEWENER, 2007, pág. 111).

ción de establecimientos permanentes; y una normativa específica, tanto en el ámbito mercantil⁹ como tributario¹⁰.

2. UNA CUESTIÓN PREVIA Y FUNDAMENTAL: LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO PRIMARIO Y EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN

Los traslados de residencia fiscal de personas jurídicas están sujetos a una armonización limitada, lo cual implica que sobre un mismo caso pueden operar normas de Derecho primario de la UE (la libertad de establecimiento) y de Derecho derivado, como la Directiva 2009/133/CE o la Directiva (UE) 2016/1164. La interacción entre el Derecho primario y el derivado es una cuestión muy relevante pero con aspectos no del todo clarificados. Desde un punto de vista jurídico, lo normal sería afirmar que la relación es de jerarquía, ya que las instituciones de la Unión están vinculadas por los Tratados, también en el ejercicio de su potestad normativa. El mayor rango jerárquico del Derecho primario puede traducirse en la anulación de la norma de Derecho derivado que la contradiga, la interpretación conforme del Derecho derivado o la declaración de inaplicabilidad del Derecho derivado en circunstancias concretas, entre otras técnicas (SYRPIS, 2015).

Introduzcamos el Derecho nacional en la ecuación: una norma estatal, pese a ser conforme con una Directiva, podría violar los Tratados. El problema puede darse asimismo en el interior de un Estado, pero si interviene también el Derecho de la UE la cuestión se complica, porque deben articularse dos ordenamientos jurídicos diversos –afirmación matizada por el hecho de que el Derecho de la UE sea Derecho interno– y, sobre todo, dos culturas jurídicas no siempre equiparables.

En ausencia de normativa derivada, la legislación estatal debe ser conforme con los Tratados (principio de primacía). La cuestión clave es el efecto que tiene en dicha situación la adopción de una norma de Derecho derivado. Las incisivas reflexiones de SYRPIS (2015) al respecto amplían el marco de análisis. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la Directiva se encuentra en una relación de jerarquía con los Tratados y su adopción no debería impactar en cómo el TJUE interpreta estos últimos. Sin embargo, desde el punto de vista de la ciencia política, esta ausencia de efectos es más discutible y “la presencia de normativa derivada es, al menos en algunos casos, propensa a influir en la jurisprudencia del TJUE relativa a la interpretación de determinadas disposiciones de los Tratados”. El Tribunal incurriría en “enormes inconsistencias” con “importantes ramificaciones constitucionales” (SYRPIS, 2015, pág. 2, traducción propia). La cuestión se relaciona con la naturaleza más jurídica o política de las normas supremas de la UE; y la relación entre el legislador de la Unión y el TJUE.

⁹ Una forma de evitar la dependencia que las sociedades presentan en relación al Derecho estatal fue la creación de figuras societarias específicas en el Derecho de la UE (Sociedad Europea, Sociedad Cooperativa Europea).

¹⁰ Directiva 2009/133/CE, del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro; y Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

Si la armonización que se ha producido fuera limitada y dejara un evidente margen de discrecionalidad para los Estados, el Derecho derivado se interpretaría de acuerdo con los Tratados y el TJUE analizaría, directamente, si la legislación estatal es conforme con las libertades de circulación. En el ámbito tributario, la sentencia *Bosal* resuelve un caso de estas características¹¹. Pueden surgir problemas, sin embargo, de carácter político-institucional. Piénsese que el hecho de que una Directiva contenga una regla excesivamente ambigua puede ser consecuencia de la necesidad de un acuerdo entre diferentes posturas y tradiciones jurídicas, lo cual hace difícil adoptar un enfoque “estrictamente jurídico” ante esta cuestión (MUKWIRI, 2013). La doctrina ofrece varias lecturas en clave de relaciones institucionales. Por ejemplo, KOFLER (2009, págs. 473-474) ha afirmado que el hecho de que un Estado no pueda confiar en las habilitaciones contenidas en una Directiva desincentivaría la armonización legislativa. En un caso de este tipo – pero no tributario –, DAVIES, SCHUSTER y WALLE DE GHELCKE (2010) consideraron “políticamente imposible” que la Comisión atacara la Directiva, aunque hubiera actuado ante supuestos similares que se habían producido en otros casos. El TJUE ha reconocido que la Comisión goza de “una amplia facultad de apreciación” para decidir si iniciar o no un procedimiento de infracción, y que los particulares no pueden instar la iniciación de dicho procedimiento¹². La Comisión es parte del procedimiento legislativo –le corresponde en exclusiva la iniciativa– y tiene también una función de impulso a través de comunicaciones y otros instrumentos de *soft law*. Por tanto, es más esperable que introduzca consideraciones políticas en sus actuaciones.

El TJUE es un sujeto diferente en este sentido. La doctrina (HERTIG y McCAHERY, 2006; MUKWIRI, 2013) no coincide al aventurar cómo reaccionaría el Tribunal ante cláusulas que reconozcan cierto margen de discrecionalidad. Concedemos que en algunos casos parece receptivo ante una postura firme de los Estados¹³; lo que es seguro es que la integración judicial no va evitarse mediante un acuerdo débil en el seno del Consejo que resulte en una norma de Derecho derivado con una redacción excesivamente ambigua: el TJUE tenderá a “saltar” por encima de dicha ambigüedad (mediante la interpretación conforme de la Directiva a la luz de los Tratados) y confrontar la legislación estatal con las libertades fundamentales: la interacción entre una Directiva que reconoce una opción a los Estados miembros y la libertad de circulación afectada debe resolverse aplicando sobre el ámbito de discrecionalidad reconocido por el Derecho derivado las exigencias que impone el Derecho originario.

Cuestión bien diferente es la existencia de Directivas que contengan reglas muy detalladas. Tomemos como ejemplo el asunto C-475/01, conocido como *Ouzo*, relativo a los tipos de gravamen en los impuestos especiales sobre bebidas alcohólicas. La Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra Grecia porque esta aplicaba sobre el ouzo un tipo de gravamen inferior al normal. Ahora bien, la Directiva 92/83/CEE habilitaba de forma clara y expresa a Grecia a aplicar a esta bebida un tipo reducido, de hasta el 50 por 100 del tipo ordinario.

¹¹ Sentencia de 18 de septiembre de 2003, *Bosal*, C-168/01, ECLI:EU:C:2003:479.

¹² En este sentido, sentencia de 14 de febrero de 1989, *Star Fruit/Comisión*, 247/87, ECLI:EU:C:1989:58.

¹³ Precisamente, en el ámbito de los impuestos de salida, ha señalado RIBES RIBES (2014) que en el asunto *National Grid Indus* “los diez Estados que presentaron observaciones adoptaron una posición única” en relación al juicio de proporcionalidad, y “el TJUE atendió parcialmente las reivindicaciones de los Estados miembros”.

La propuesta de la Comisión para articular los tres niveles jurídicos era que la existencia de una norma de Derecho derivado por la que se autoriza a los Estados miembros a aplicar un tipo reducido de un impuesto especial a un producto nacional no eximía a estos últimos de su obligación de respetar los principios fundamentales recogidos en dicho Tratado. Concretamente, la Comisión Europea alegaba la infracción del actual artículo 110 TFUE (antiguo artículo 90 del Tratado de la Comunidad Europea), que prohíbe tributos internos discriminatorios, para así garantizar la libre circulación de mercancías.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal había apuntado ya tempranamente que, en presencia de una norma de Derecho derivado, recurrir a la normativa primaria “carece ya de justificación”, pues a partir de entonces debe actuarse “en el marco señalado por la Directiva de armonización”¹⁴. En el asunto *Ouzo*, el TJUE mantuvo la necesidad de tomar el Derecho derivado como norma de referencia y resumió algunas cuestiones de relevancia contenidas en su doctrina. Existe una presunción de legalidad de los actos de la Unión Europea y estos, como consecuencia, producen efectos jurídicos en tanto no sean expulsados del ordenamiento jurídico por alguna de las vías previstas en los Tratados. Este efecto sólo se pierde en aquellos casos en que los actos “adolezcan de una irregularidad cuya gravedad sea tan evidente que no pueda ser tolerada por el ordenamiento jurídico”. La desaparición de la presunción de legalidad implica la nulidad de los actos (“deben ser considerados carentes de cualquier efecto jurídico, incluso provisional, es decir, jurídicamente inexistentes”). La declaración de nulidad se produce en todo caso “con carácter excepcional”, en “supuestos del todo extraordinarios”¹⁵. A tales efectos, los actos de la UE “han de interpretarse, en la medida de lo posible, de tal manera que no se ponga en duda su validez”. Esto constituye, según el TJUE, “un principio general de interpretación” del Derecho de la Unión¹⁶. También, al elegir entre varias interpretaciones posibles de una Directiva, “debe darse prioridad a la que permite garantizar su efecto útil”¹⁷. Otra forma de articulación entre Derecho originario y derivado es la posibilidad de declarar que una Directiva no es aplicable en un supuesto determinado: concretamente, allá donde el seguimiento de la Directiva implicaría una violación de alguna norma de Derecho primario (SYRPIS, 2015, pág. 12). En último término, la anulación de una Directiva por violación de los Tratados es un evento poco frecuente, sobre todo en el ámbito tributario (CARO DE SOUSA, 2015, pág. 119).

La última cuestión, la más interesante, es que, tal y como advierte SYRPIS (2015, pág. 20) “la aprobación de normativa derivada parece tener un impacto relevante en la jurisprudencia del Tribunal, y en su interpretación del Derecho originario”. Conocemos diversos casos donde el TJUE acude a la normativa derivada para aclarar conceptos de los Tratados. Por ejemplo, el concepto de “movimientos de capitales” del artículo 63 TFUE se interpreta a la luz de la Directiva 88/361/CEE. Pero, ¿puede el legislador influir en la propia jurisprudencia del TJUE?

¹⁴ Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*, 148/78, EU:C:1979:100, ap. 36.

¹⁵ Sentencia de 5 de octubre de 2004, *Comisión/Grecia*, C-475/01, ECLI:EU:C:2004:585, aps. 19-20.

¹⁶ Sentencia de 19 de noviembre de 2009, *Sturgeon*, C-402 y C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716, ap. 47.

¹⁷ Sentencias de 22 de septiembre de 1988, *Land de Sarre y otros*, 187/87, ECLI:EU:C:1988:439, ap. 19; y de 24 de febrero de 2000, *Comisión/Francia*, C-434/97, ECLI:EU:C:2000:98, ap. 21.

Creemos que el problema de fondo es que, en un Estado, el intérprete último de la norma suprema (por ejemplo, el Tribunal Constitucional en los países donde existe) opera en un espacio jurídico relativamente completo. Actúa en función de una serie de parámetros que no deben tener en cuenta si una materia está regulada o no, porque normalmente lo estará. Por el contrario, el ordenamiento jurídico de la Unión Europea está en construcción y muchas de las materias que podrían estar reguladas no lo están. El TJUE tiene una doble función: controla la adecuación de la legislación UE a los Tratados (con criterios menos invasivos) y adopta decisiones –en último término, políticas– sobre cómo debe regularse una materia no armonizada. Desde el momento en que el TJUE toma una decisión de este tipo, está cerrando el paso a la decisión política de quien debería tomarla, el legislador. ¿Cómo dar un paso atrás para reconocer ese margen de decisión del Consejo cuando ya se han establecido reglas relativamente concretas? De nuevo, la problemática excede lo jurídico.

Lo que se produce es un diálogo entre instituciones donde, a veces –como señala SYRPIS (2015)– la adopción de Directivas genera un cambio en la jurisprudencia del TJUE. Un ejemplo es el acceso a beneficios sociales por parte de ciudadanos de la Unión que no pueden alegar ninguna de las libertades de circulación (en este caso se trataba de un estudiante). La sentencia *Bidar* consideraba que el acceso a este tipo de beneficios dependía de la integración en el Estado, determinada en virtud de un test de carácter subjetivo. Sin embargo, en *Förster*, el Tribunal cambió dicho criterio –contra la opinión del Abogado General– por un test objetivo, basado exclusivamente en un plazo temporal que tomó del artículo 24.2 de la Directiva 2004/38/CE¹⁸. Otro ejemplo parece apuntarlo MARTÍNEZ RIVAS (2009, págs. 141-142) cuando afirma que la sentencia *Cartesio* “al permitir, *obiter dicta*, el traslado de la sede de una sociedad de un Estado miembro a otro con cambio de la Ley aplicable a la misma pero sin necesidad de disolución y liquidación de la misma”, está inspirándose en (literalmente, dice este autor que “aplica por analogía”) la solución que el Derecho derivado prevé para las SE y las SCE.

Estos ejemplos de “contaminación” entre la interpretación de las libertades fundamentales, por un lado, y el Derecho derivado, por otro, pueden explicarse desde la concepción del derecho como un sistema de agentes y del ordenamiento jurídico como el producto emergente de la interacción entre dichos sujetos: pensamos, por ejemplo, en la aplicación de la teoría de los sistemas adaptativos complejos al mundo jurídico propuesta por RUHL (2008), que consideramos de gran interés.

Además, cabe señalar al menos dos cuestiones jurídicas relevantes para determinar el margen de discrecionalidad que pueda tener el legislador de la Unión. La primera es que dicho legislador puede tener en cuenta intereses que un Estado no puede alegar por sí mismo frente al TJUE para justificar una medida restrictiva. El título II de la parte primera del TFUE, bajo el título de “Disposiciones de aplicación general”, contiene principios y valores que la Unión debe tener en cuenta al definir e implementar sus políticas y acciones. El Consejo tiene también en cuenta razones pre-

¹⁸ Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

supuestarias de los Estados al legislar, mientras que la “pérdida de ingresos tributarios” es un motivo de justificación sistemáticamente rechazado por el TJUE¹⁹. Un ejemplo es la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros. El artículo 6.1 de esta Directiva permitió a España no aplicar la exención sobre los pagos de intereses o cánones procedentes de otro Estado miembro por un período transitorio vinculado a un plan de refuerzo del potencial tecnológico español. Evidentemente, una justificación de este tipo hubiera sido rechazada tajantemente por el Tribunal de Justicia si el Estado español la hubiera alegado de manera unilateral.

Además, la doctrina ha señalado que las libertades de la UE no vinculan del mismo modo al Consejo y a los Estados miembros. Encontramos casos donde el juicio de proporcionalidad toma la forma de un control de razonabilidad y sólo se rechazan las medidas “manifiestamente inadecuadas” o “manifiestamente irrazonables” (TRIDIMAS, 2005, pág. 113). Esto es así especialmente en aquellos casos en los que el legislador “ha de tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y realizar apreciaciones complejas”²⁰. Se señala expresamente que “en el control judicial del ejercicio de dicha competencia, el Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación del legislador de la Unión por la suya propia”²¹, aunque parece que este ejercicio más intenso de autolimitación judicial sólo se va a producir ante “hechos de carácter científico y técnico de gran complejidad”²². En todo caso, si se altera la jerarquía de los intereses en juego debe cambiar la forma en que el TJUE aplica el principio de proporcionalidad, que consiste precisamente en ponderar diversos criterios atendiendo al peso específico de cada uno de ellos. Como consecuencia de todo ello, el principio de proporcionalidad se aplica menos estrictamente sobre actos de instituciones de la UE (CARO DE SOUSA, 2015, p. 48).

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE IMPUESTOS DE SALIDA SOBRE PERSONAS FÍSICAS Y OTRAS MEDIDAS QUE AFECTAN AL TRASLADO DE RESIDENCIA

En un primer momento, y en ausencia de normativa de la UE en la materia, los impuestos de salida se vieron constreñidos, exclusivamente, por los procesos de armonización negativa. En la línea jurisprudencial relativa a las personas físicas, la primera de las sentencias clave es *Lasteyrie du Saillant* (asunto C-9/02), de 11 de marzo de 2004, citada por otras 32 sentencias del TJUE; seguida de *N* (asunto C-470/04), de 7 de septiembre de 2006, citada por otras 24 (en ambos casos, la sentencia más reciente que las cita es la de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/Portugal*, asunto C-503/14)²³.

¹⁹ Por ejemplo, sentencia de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C-35/98, ECLI:EU:C:2000:294, aps. 48 y 59.

²⁰ Sentencia de 4 de mayo de 2016, *Pillbox 38*, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324, ap. 49.

²¹ Sentencia de 17 de octubre de 2013, *Billerud Karlsborg y Billerud Skärblacka*, C-203/12, ECLI:EU:C:2013:664, ap. 35.

²² Sentencia de 8 de julio de 2010, *Afton Chemical Limited*, C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419, ap. 28.

²³ Datos a fecha de 1 de febrero de 2018.

El asunto *Lasteyrie* analizó una norma francesa por la cual los contribuyentes que hubieran tenido su domicilio fiscal en Francia durante al menos seis de los últimos diez años deberían tributar, en la fecha en que trasladasen su domicilio fuera del país, por las plusvalías de determinados derechos societarios, calculadas como la diferencia entre su valor en el momento del traslado de residencia y su precio originario de adquisición. Cabía el aplazamiento del pago, pero condicionado a la presentación de una declaración en determinado plazo, el nombramiento de un representante domiciliado en Francia y la constitución de garantías suficientes. En caso de transmisión de los títulos antes de que pasasen cinco años desde la salida del contribuyente, se produciría automáticamente el devengo del tributo.

Para el TJUE, la disposición imponía una restricción de la libertad de establecimiento. Los gobiernos danés y alemán negaron que existiera tal restricción; el gobierno neerlandés, que la disposición tenía un efecto “muy limitado y, en cualquier caso, demasiado aleatorio e indirecto para considerar que puede obstaculizar efectivamente dicha libertad”. Sin embargo, el TJUE consideró que existía efectivamente una restricción de salida (apartado 42), que “su escaso alcance o poca importancia” era irrelevante a la hora de determinar la existencia de una restricción (apartado 43) y que se detectaba, como mínimo, un “efecto disuasivo respecto a los contribuyentes que desean instalarse en otro Estado miembro” (apartado 45). En otros trabajos hemos denominado esta situación como “restricción-efecto con distinción”: restricción-efecto porque se genera como consecuencia del ejercicio de una libertad fundamental; con distinción porque se produce una diferencia de trato (SANZ GÓMEZ, 2012, págs. 66-73). El TJUE califica estas situaciones indistintamente de restricciones o de discriminaciones indirectas. Las analiza a partir de una comparación entre un par migrante/no migrante ya que, en este supuesto, quien permanece en el Estado de origen no deberá tributar por las plusvalías; pero quien traslade su residencia fuera del mismo sí tendrá que hacerlo, pese a no generarse plusvalía alguna.

De entre los motivos de interés general que podrían justificar una restricción a la libertad de establecimiento, el gobierno francés apuntó la prevención de la elusión fiscal²⁴. El TJUE fue claro al señalar que la norma se aplicaba a cualquier contribuyente que poseyera un porcentaje relevante de las participaciones en una sociedad y trasladase su domicilio al extranjero, y que “el traslado del domicilio de una persona física fuera del territorio de un Estado miembro no implica, por sí solo, una evasión (*rectius*: elusión) fiscal” (apartado 51). La medida, por tanto, se consideró desproporcionada. Tampoco se aceptaron los fines de interés general señalados por otros gobiernos: ni la necesidad de preservar la recaudación fiscal ni el principio de coherencia, tal y como se concebía en ese momento por el TJUE.

Sin embargo, cuando el Tribunal de Justicia dictó la sentencia *N* dos años más tarde, se había producido un cambio relevante en su jurisprudencia. En una sentencia anterior (*Marks & Spencer*²⁵), había reconocido un nuevo motivo de interés general: la preservación del reparto equili-

²⁴ La traducción al castellano (se usa el término “evasión”) no es correcta: en francés aparece el término “*évasion*”, que significa elusión; en inglés, *avoidance*. Se refiere a un fenómeno de “escape” de la sujeción a un impuesto por vías legales que ahora mismo podríamos englobar en el fenómeno de erosión de bases imponibles.

²⁵ Sentencia de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763.

brado de la potestad tributaria estatal. En el apartado 41 de la sentencia *N*, el TJUE hizo referencia a la necesidad de “garantizar un reparto, sobre la base del principio de territorialidad, de la potestad impositiva de las plusvalías de los derechos sociales entre los Estados miembros” y afirmó que, ante la ausencia de medidas multilaterales de reparto del poder tributario y para suprimir la doble imposición, los Estados miembros son competentes para fijar, mediante convenios bilaterales o de forma unilateral, los criterios de reparto correspondientes. En este sentido, es razonable que las plusvalías latentes tributen allá donde fueron generadas (es el criterio que aplica el Modelo de Convenio de la OCDE).

De nuevo, la cuestión pasaba a ser la proporcionalidad de la legislación estatal. Se afirmó que la exigencia de una declaración tributaria presentada en el momento del traslado de domicilio puede obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales pero es proporcionada al fin perseguido²⁶. Esta declaración iría seguida del aplazamiento del impuesto hasta que se realicen las plusvalías, aplazamiento que entendemos que no iría acompañado de intereses de demora²⁷. El juicio de proporcionalidad se centró en los mecanismos para asegurar dicho pago aplazado, y allí se afirmó que la exigencia de garantía para el aplazamiento era desproporcionada. El Tribunal, siguiendo en este punto a la Abogada General, apuntó la existencia de mecanismos menos restrictivos: los Estados podrían invocar las Directivas que permiten el intercambio de información entre Estados (Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad) y la asistencia en la recaudación (Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas).

Una última cuestión relevante en *N* es la relativa a las minusvalías futuras. El TJUE afirmó –algo sobre lo que nada había señalado en la sentencia *Lasteyrie du Saillant*– que el sistema de recaudación del impuesto sobre la renta debería tener íntegramente en cuenta las minusvalías que se pudieran producir con posterioridad al traslado del domicilio del contribuyente, salvo que se hubieran tenido en cuenta en el Estado miembro de acogida.

¿Existe un cambio de rumbo entre los dos pronunciamientos? Para la propia Comisión, *N* se limita a ratificar y desarrollar lo establecido en *Lasteyrie*²⁸. Por el contrario, MARTÍN RODRÍGUEZ (2012)

²⁶ Aunque no quepa presumir que todos los sujetos que trasladan su residencia al extranjero lo hagan con un ánimo abusivo (razón por la que no se superó el principio de proporcionalidad en *Lasteyrie du Saillant*), en todos los casos es necesario repartir adecuadamente la potestad tributaria entre los Estados de origen y destino.

²⁷ No se hace referencia a ello en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/Portugal*, C-503/14, ECLI:EU:C:2016:979, ap. 60; la norma española analizada en la sentencia de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, C-269/09, ECLI:EU:C:2012:439 no preveía la imposición de intereses, por lo que no se afirma nada. Ante las posibles dudas que pudieran surgir, consideramos que la exigencia de intereses de demora, en estos casos, (1) es incoherente con la comparación sobre la que se construye la existencia de discriminación, ya que en una situación interna no se exigen intereses; y (2) crea cargas desproporcionadas sobre personas físicas que tal vez no puedan hacer frente a ellas.

²⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 19 de diciembre de 2006, COM (2006) 825 final, “Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros”, pág. 3.

ha afirmado que “el enfoque dado en el segundo por el TJUE introduce una concepción más respetuosa con la soberanía impositiva del Estado de origen”. Esto es indudablemente cierto, pero también lo es que la justificación relativa al reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros no había sido formulada aún cuando se dicta la sentencia *Lasteyrie*, sino que aparece por vez primera en la sentencia *Marks & Spencer*. Su apartado 45 reconoció que “el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros podría requerir que a las actividades económicas de las sociedades establecidas en uno de dichos Estados se les aplique únicamente la normativa tributaria de éste, tanto en lo relativo a los beneficios como a las pérdidas”. La sentencia *N* se limita a aplicar este motivo de justificación, “descubierto” poco tiempo atrás, ya que la jurisprudencia del TJUE se caracteriza por un alto dinamismo y por su dependencia del camino (*path-dependence*).

También la cuestión del cómputo de las minusvalías puede vincularse, al menos en parte, con la doctrina fijada en *Marks & Spencer*. En dicha sentencia, se afirmó que el hecho de que el Reino Unido excluyera la posibilidad de que una sociedad matriz residente dedujera de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial allí establecida era, en principio, conforme con los Tratados. Sin embargo, tal exclusión producía una violación de las libertades fundamentales cuando “la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y [...] no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración en su Estado de residencia en ejercicios futuros [...]”. Partiendo de la necesidad de que las minusvalías se tengan en cuenta, es evidente que el TJUE carece de competencia para determinar qué Estado debe considerarlas, si el de salida o el de acogida. Cuando resuelve cada caso concreto, aplica criterios de simetría interna, entre otros a través del principio de no discriminación (clave en *Marks & Spencer* o relevante, también, en *X*²⁹) y el motivo de interés general de coherencia (por ejemplo, en la sentencia *K*³⁰).

Así, un Estado no puede negar el cómputo de pérdidas de entidades no residentes en un régimen de consolidación si lo permite a las entidades residentes. *Mutatis mutandis*, no puede obligarse a un Estado a tener en cuenta las minusvalías derivadas de situaciones sobre las que ha decidido no ejercer su potestad tributaria³¹. Un Estado miembro no está obligado a adaptar su normativa a la de otros Estados para garantizar que cualquier operación transfronteriza es neutra. Las diferencias de trato derivadas de discrepancias entre normas estatales no atentan contra las libertades de circulación.

²⁹ En la sentencia de 10 de junio de 2015, X, C-686/13, ECLI:EU:C:2015:375, ap. 30, se señala que el hecho de que la legislación cuestionada no permitiera deducir las minusvalías generadas en ciertas operaciones no era contrario al Derecho de la UE porque “la legislación fiscal sueca de que se trata en el litigio principal excluye en principio de la base imponible del impuesto sobre sociedades las plusvalías obtenidas por la cesión de participaciones”, y la regulación era además equivalente para situaciones internas y transfronterizas.

³⁰ Sentencia de 7 de noviembre de 2013, K, C-322/11, ECLI:EU:C:2013:716.

³¹ Véase, en este sentido, la sentencia de 7 de noviembre de 2013, K, C-322/11, ECLI:EU:C:2013:716, ap. 79.

En el caso de España, existen al menos cuatro medidas que afectan al traslado de residencia. La primera es el artículo 14.3 LIRPF, modificado por la Ley 16/2012. La modificación es consecuencia de una condena a España en 2012 por violación de las libertades fundamentales³². La norma establece que cuando un contribuyente pierda su condición por cambio de residencia, todas las rentas pendientes de imputación se integrarán en la base imponible correspondiente al último período impositivo que deba declararse por el IRPF. Se practicará, en su caso, autoliquidación complementaria; y no serán exigibles sanciones, intereses de demora ni recargo alguno. La modificación introducida en 2012 incluyó un nuevo párrafo, aplicable a traslados de residencia a otros Estados de la UE. En tal caso, se reconoce al contribuyente el derecho a elegir entre la regla general (imputación en la última autoliquidación de IRPF) o la presentación de autoliquidaciones a medida que se vaya obteniendo cada una de las rentas pendientes de imputación. Estas autoliquidaciones serían autoliquidaciones complementarias que corregirían la presentada el último período que hubiera debido declararse por el IRPF; y tampoco se exigirían sanciones, intereses de demora ni recargo alguno. Se excluyen a los países del Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, EEE), ya que la jurisprudencia del TJUE afirma que estos Estados no participan de las directivas de asistencia mutua, incluida la asistencia en materia de recaudación, que es el dato clave para declarar el gravamen inmediato y obligatorio como desproporcionado; pero la normativa sigue siendo contraria a Derecho en relación a Estados del EEE con los cuales se haya firmado algún tipo de acuerdo para la asistencia mutua³³.

En segundo lugar, el artículo 8.2 LIRPF prevé que el traslado de residencia desde España hacia “un país o territorio considerado como paraíso fiscal” no tendrá efectos automáticos, sino que se presumirá (con carácter *iuris et de iure*) que se mantiene la residencia durante el período impositivo en que se produzca el traslado y los cuatro períodos impositivos siguientes. Como señala GARCÍA CARRETERO (2015, pág. 167), se trata de un ejemplo de “residencia fiscal extendida”, donde se exige un impuesto (*training tax*) que suele ser el mismo que se exige a los residentes, de acuerdo con el principio de renta mundial, durante un período determinado por la normativa. En la medida en que el traslado sea a un territorio calificado como paraíso fiscal pero que pertenezca a la UE o el EEE (por ejemplo, Liechtenstein), esta cláusula antielusión será contraria a la jurisprudencia del TJUE, que prohíbe la creación de presunciones absolutas. Si el traslado es manifestación de un genuino ejercicio de la libertad de establecimiento, no cabe imponer una restricción así (en este sentido, MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, 2007, pág. 53). GUERRA REGUERA (2010, pág. 165) considera que no existe una medida menos gravosa ante unos “paraísos fiscales” que “no deberían existir”. Hasta que se consigan suprimir, debería aceptarse la aplicación de “normas, en cierto modo, de excepción” para evitar este tipo de traslados. Aunque compartimos tales consideraciones, no podemos sino constatar que la jurisprudencia del TJUE no considera elementos de este tipo.

³² Sentencia de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, C-269/09, ECLI:EU:C:2012:439. La doctrina (por ejemplo, MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, 2007; SANZ CLAVIJO, 2009) predijo esta condena.

³³ Por ejemplo, STJUE de 19 de julio 2012, A, C-48/11, ECLI:EU:C:2012:485, aps. 34-48. Ello sí se ha previsto en otras normas dictadas por el legislador español, como veremos luego.

La tercera medida se encuentra en el artículo 81.3 LIS, al regular la tributación de los socios en las operaciones de fusión y escisión. En la medida en que esta cuestión se relaciona con la Directiva 2009/133/CE, sobre operaciones de reorganización societaria (y, además, se aplica tanto a contribuyentes en el IRPF como en el IS), se analizará en el epígrafe cuarto.

Finalmente, el artículo 95 bis LIRPF, introducido por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, regula un impuesto de salida en sentido estricto, bajo el título “ganancias patrimoniales por cambio de residencia”. Nuestra intención no es tanto analizar en profundidad el régimen, sino comprobar su alineación con el Derecho de la Unión Europea. El esquema fundamental de esta cláusula determina que si un contribuyente en el IRPF pierde tal condición por cambio de residencia³⁴, deberá integrar en la última liquidación que presente –de nuevo, no corresponderán sanciones, recargos ni intereses de demora–, en concepto de ganancias patrimoniales correspondientes a la base imponible del ahorro, las diferencias positivas entre el valor de mercado de las acciones o participaciones de cualquier tipo de entidad cuya titularidad corresponda al contribuyente, y su valor de adquisición.

Se establecen una serie de requisitos, tanto de permanencia previa en territorio español –diez de los últimos quince períodos impositivos³⁵– como de valor de mercado y porcentaje de participación, así como algunas especialidades. La que más nos interesa es la regulada en el apartado 6 y desarrollada en el artículo 123 del Reglamento del IRPF (RIRPF), la relativa al cambio de residencia a otro Estado miembro de la UE o del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria. En este caso, se establece –de nuevo– un derecho de opción. Es decir, cabrá tributar por las plusvalías generadas al momento del cambio de residencia o bien aplicar el régimen siguiente:

En primer lugar, se prevé la obligación de comunicar a la Administración tributaria el ejercicio de la opción por el régimen alternativo, el cálculo de la ganancia patrimonial y el Estado al que se traslade la residencia. Esta comunicación, que se realiza a través del modelo 113³⁶, se presentará en el plazo que media entre la fecha del desplazamiento y la de finalización del plazo de autoliquidación del IRPF correspondiente al primer ejercicio en que el contribuyente no tuviera la condición de contribuyente en el IRPF. Así, si se produce un desplazamiento el 1 de marzo de 2017 (perdiendo por tanto la condición de residente ya en ese período impositivo, atendiendo a la regla de los 183 días), deberá presentarse el modelo 113 entre el 1 de marzo de 2017 y el 30 de junio de 2018.

³⁴ Téngase en cuenta que el traslado al extranjero no implica siempre la pérdida de la condición de contribuyente. Al contrario, el apartado 7 del artículo 95 bis LIRPF afirma que la aplicación de la regla del artículo 8.2 LIRPF sobre extensión de residencia en caso de traslado a un paraíso fiscal no impide la aplicación del impuesto de salida.

³⁵ Con las especialidades previstas en el apartado 8 para quienes hayan optado en su momento por el régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores desplazados al territorio español (art. 93 LIRPF).

³⁶ Orden HAP/2835/2015, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 113 de comunicación de datos relativos a las ganancias patrimoniales por cambio de residencia cuando se produzca a otro Estado Miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo con efectivo intercambio de información tributaria, se establece la forma y plazo para su presentación y se modifica otra normativa tributaria (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2015).

La exigencia de una comunicación es, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, una restricción a la libertad de establecimiento proporcionada en relación al objetivo de interés general que pretende garantizar, y que –desde nuestro punto de vista– es la garantía del correcto reparto del poder tributario entre Estados³⁷. Al contrario que en otros supuestos de traslado de residencia también regulados en el artículo 95 bis LIRPF³⁸, en el caso de traslados a otros estados de la UE o del EEE no se exige la constitución de garantías, de acuerdo con la doctrina que el TJUE ha fijado en la sentencia *N*. Los Estados dependen de la colaboración de otros Estados para ejercer sus derechos de imposición.

Volviendo a las obligaciones de información derivadas de la LIRPF, el contribuyente deberá comunicar las posteriores variaciones de domicilio, en el plazo de dos meses desde el cambio (aspecto que concreta el RIRPF). La Ley obliga a comunicar “el mantenimiento de la titularidad de las acciones o participaciones”, aunque esta cuestión no aparece en el RIRPF ni tampoco en el modelo 113. Lo que sí aparece en el modelo es una casilla para comunicar la transmisión *inter vivos* de los valores, pero no se determina plazo alguno. Puesto que en este caso corresponde la práctica de autoliquidación, entendemos que el plazo será el mismo para la presentación de ambos documentos.

De acuerdo con el artículo 95 bis.6.a) LIRPF, la ganancia patrimonial se autoliquidará cuando, en el plazo de los diez ejercicios siguientes al último en que se tenga la condición de residentes a efectos del IRPF suceda alguna de las tres circunstancias previstas. La primera sería la transmisión *inter vivos* de las acciones o participaciones. Si el sujeto fallece en ese plazo de diez años, interpretamos que las plusvalías no quedarán sujetas, algo que sería coherente con el artículo 33.3.b) LIRPF, que afirma que no existe ganancia o pérdida patrimonial en las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente. Si, pasados diez años, no se han transmitido las participaciones, tampoco se someterán a tributación en España. Asimismo, en el caso de que el sujeto adquiriera de nuevo la condición de contribuyente por IRPF sin haber transmitido las participaciones, y sin que se produjera ninguna de las otras circunstancias que veremos a continuación, las disposiciones del artículo 95 bis quedarán sin efecto. Las otras dos circunstancias en que se presentará autoliquidación son que el contribuyente pierda la condición de residente en un Estado de la UE o del EEE o que incumpla alguna de las obligaciones de comunicación (la comunicación inicial o la relativa al cambio de domicilio).

³⁷ CALVO VÉRGEZ (2015) señala que el “gravamen qued[a] sin efecto si, teniendo lugar el traslado del contribuyente a otro Estado dentro de la Unión Europea y, habiendo transcurrido 10 años a contar desde el cambio de residencia, no se hubiesen vendido finalmente las participaciones”, lo cual implica una presunción de “la inexistencia en dicho caso de ánimo especulativo”, algo que desde nuestro punto de vista se vincula con la doctrina antiabuso del TJUE. En efecto, “*U-turns*” como este se consideran operaciones abusivas (SANZ GÓMEZ, 2012, págs. 238-239). Sin embargo, el propio autor señala que “a nuestro juicio resulta ciertamente discutible que la presente regulación del impuesto de salida contenida en el art. 95. bis de la LIRPF pueda calificarse como una medida antiabuso o como una norma antifraude cuando su aplicación no queda reducida únicamente a los supuestos de cambios de residencia a paraísos fiscales o territorios *offshore*”. Consideramos que la regla de los diez años (junto al requisito de permanencia previa en territorio español) lo que hacen es determinar un reparto concreto de la potestad tributaria. No nos parece que pueda suponerse un ánimo elusivo en quien sale del territorio español y vuelve pasados nueve años. Los “*u-turns*” abusivos suelen responder a plazos de uno o, a lo sumo, dos años.

³⁸ Véase, por ejemplo, los apartados 4 y 5 del artículo 95 bis LIRPF.

La ganancia patrimonial se imputará, según la Ley, “al último período impositivo que deba declararse por este impuesto” (el último en que se tuvo la condición de contribuyente por el IRPF). De nuevo, la práctica de autoliquidación complementaria no conllevaría sanción, intereses de demora ni recargo. La autoliquidación deberá presentarse (entendemos que junto con la comunicación del modelo 113) en el plazo entre la fecha en que se produzca alguna de las circunstancias que determinan la obligación de pago y el final de la siguiente campaña de IRPF.

La normativa española también queda alineada con la jurisprudencia del TJUE al determinar dos reglas que permiten tener en cuenta las minusvalías en el caso de transmisión posterior (en el plazo, siempre, de diez años). La Ley obliga a que la cuantía de la ganancia patrimonial se minore en la diferencia positiva entre el valor de mercado de las acciones o participaciones en el momento del devengo del último período impositivo en que el contribuyente tuvo tal condición, y su valor de transmisión. Así, si el valor de mercado con base en el cual se calculó la ganancia patrimonial era de 100, y en el momento de la transmisión era 90, se ha producido una minusvalía. La diferencia entre 100 y 90 es una diferencia positiva (10) que expresa dicha minusvalía y que se restará de la ganancia patrimonial. Será frecuente, como señala RAMÍREZ GÓMEZ, que la minusvalía se deba a “un previo reparto de beneficios” (2016, pág. 386). A tales efectos, la norma prevé que el valor de transmisión se incremente en el importe de los beneficios distribuidos u otras percepciones que hubieran determinado una minoración del patrimonio neto de la entidad con posterioridad a la pérdida de la condición de contribuyente, salvo que tales percepciones hubieran tributado por el IRNR. Puede considerarse, incluso, que la normativa española es más favorable de lo que exige el TJUE, dado que la sentencia *N* obliga a tener en cuenta tales minusvalías sólo en la medida en que no hayan sido tenidas en cuenta por nuevo el Estado de residencia. Sin embargo, en España el cómputo de minusvalías no está sujeto a ningún tipo de condición.

Tras las sentencias *Lasteyrie* y *N*, la Comisión aprobó una Comunicación, de 19 de diciembre de 2006, COM (2006) 825, titulada “Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros”. Ahí se señala que aunque la concesión de un aplazamiento resuelve de manera inmediata la diferencia de trato entre migrantes y no migrantes, no resuelve todas las discrepancias existentes entre los regímenes de los Estados miembros y puede provocar obstáculos a la libre circulación. Pero este tipo de desincentivos, que se derivan simplemente del ejercicio paralelo del poder tributario de dos Estados, no son contrarios a las libertades de circulación, que no garantizan que toda operación transfronteriza sea fiscalmente neutral. Es un límite consustancial a la armonización judicial, que es proscriptiva; y ante ello se necesita una actuación positiva del legislador.

Evidentemente, una norma unilateral no puede resolver problemas de doble imposición (por ejemplo, la determinación del valor de adquisición que deberá computar el Estado de destino) aunque sí cabe destacar que, a efectos del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR), el artículo 26.4 de la Ley reguladora de dicho tributo prevé que si se hubiera aplicado el artículo 95 bis LIRPF a un sujeto que luego pasa a ser contribuyente por el IRNR, si transmite las participaciones societarias afectadas por el impuesto de salida, deberá tomarse como valor de adquisición el valor de mercado empleado como referencia al aplicar el artículo 95 bis LIRPF. Como

señala RIBES RIBES (2015, pág. 136), esta disposición resuelve la posible doble imposición interna, pero “el problema de doble imposición internacional sigue existiendo si el Estado de la residencia actual computa la ganancia de capital desde la fecha de adquisición y no admite la corrección computando la plusvalía latente”. La Comisión propuso algunos criterios en la Comunicación referida, pero es un mero instrumento de *soft law*. La coordinación no se ha resuelto hasta la adopción de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, que analizaremos en el epígrafe quinto, y que sólo se aplica a personas jurídicas. Desarrollaremos este problema en el apartado quinto, en el marco del Impuesto sobre Sociedades.

4. TRASLADOS DE RESIDENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LA DIRECTIVA DE REORGANIZACIÓN SOCIETARIA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La fiscalidad de las operaciones de reorganización societaria se regularon por vez primera a través de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. Su objetivo era favorecer la creación de grupos a nivel europeo eliminando los obstáculos que se pudieran derivar de las divergencias entre las normativas estatales. A tales efectos, el Estado que podría gravar las plusvalías que emergiesen en una serie de operaciones seleccionadas renunciaría a ello hasta un momento posterior, en que se transmitieran los activos. De este modo se garantizaba un tratamiento fiscal neutral de la operación de reorganización societaria, lo cual es una cuestión clave. Por su parte, como garantía de los intereses financieros del Estado, la empresa se veía obligada a mantener en el territorio del mismo un establecimiento permanente; también sería necesario el mantenimiento del valor contable de los activos³⁹.

En la actualidad, la norma vigente es la Directiva 2009/133/CE, del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (versión codificada). Esta Directiva establece algunas previsiones que hacen referencia al traslado de residencia o que pueden implicar un traslado de residencia. Por una parte, se regula el traslado del domicilio social de las SE y SCE (artículo 14); además, algunos tipos de reestructuración pueden ser equiparables al traslado de residencia (por ejemplo, una fusión por absorción de carácter total, tras lo cual se extinga por completo la sociedad absorbida) y, en tales casos, el régimen será equivalente.

La neutralidad fiscal del traslado del domicilio social de las Sociedades Europeas (SE) y Sociedades Cooperativas Europeas (SCE) se introdujo en la Directiva 90/434/CEE a través de la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005. Es importante señalar que, de acuerdo

³⁹ La existencia de mecanismos específicos para la preservación de los intereses fiscales de los Estados miembros prohíbe a los Estados introducir garantías adicionales, tal y como aclara la sentencia de 8 de marzo de 2017, *Euro Park Service*, C-14/16, ECLI:EU:C:2017:177.

con la normativa mercantil reguladora, el domicilio social de una SE o de una SCE y su administración central deberán estar localizados en el mismo Estado miembro. Por tanto, un traslado de domicilio social al amparo de la Directiva exigirá un traslado de la administración central y, normalmente, un cambio en la residencia a efectos tributarios, en la medida en que los Estados involucrados apliquen el criterio de la sede de dirección efectiva; el cual, además, opera como regla *tie-break*, según el Modelo de CDI de la OCDE, en el caso de que ambos Estados apliquen reglas diferentes y ambas consideren residente a la sociedad de que se trate (JIMÉNEZ-VALLADOLID, 2014, págs. 6-7).

Cuando se produzca el traslado del domicilio social de una SE o SCE, el artículo 12.1 prohíbe la exigencia, a la entidad, de impuesto alguno sobre las plusvalías derivadas de los elementos de activo y de pasivo que queden efectivamente vinculados a un establecimiento permanente (en lo sucesivo, EP) situado en el Estado miembro de salida. El aplazamiento es indefinido hasta la efectiva realización de las plusvalías. Como veremos luego, esto ofrece un contraste con los impuestos de salida creados por los Estados, ya que en muchos de ellos el aplazamiento suele tener un límite máximo.

Por su parte, el artículo 14 de la Directiva prohíbe la aplicación de impuesto alguno sobre las rentas, beneficios o plusvalías de los socios con motivo de la salida, sin que ello impida gravar el beneficio resultante en el momento de la transmisión de los títulos correspondientes. En relación a esta segunda cláusula, es evidente de que se trata de una redacción amplia que obligará a que la normativa estatal se interprete a la luz de las libertades fundamentales.

Se ha afirmado que el requisito de mantener un establecimiento permanente puede ser contrario a las libertades fundamentales de la Unión Europea: la propia Comisión se ha pronunciado en este sentido, pero no ha promovido ninguna reforma normativa⁴⁰. La opción más lógica es redefinir la articulación entre la Directiva y la libertad de establecimiento, de modo que la Directiva se aplique en aquellos casos en los que se mantenga un establecimiento permanente y la jurisprudencia del TJUE se aplique allá donde no se mantenga dicho establecimiento permanente⁴¹. Así lo consideró la Comisión en su Comunicación “Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros” y el TJUE en su sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Comisión/Portugal*.

De esta manera, si se traslada la residencia de una SE o SCE a otro Estado, pero se mantiene un EP que garantice la efectividad de la tributación en el Estado de salida, se produce automática-

⁴⁰ Así lo interpreta JIMÉNEZ-VALLADOLID (2014, pág. 4). En la Comunicación COM (2006) 825 final, de 19 de diciembre, “Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros”, se afirma que “en las modificaciones [de la Directiva sobre operaciones extraordinarias de reorganización societaria], no se hace alusión a aquellos activos que se desvinculan de un establecimiento permanente en el Estado miembro a partir del cual se traslada el domicilio social. Sin embargo, la Comisión considera que los principios sentados en el asunto de *Lasteyrie* pueden hacerse extensivos a esos activos «transferidos»”.

⁴¹ Por ejemplo, PORTOLESE (2013, pág. 108) advierte que en los casos de fusión por absorción, en la medida en que la empresa absorbida cese por completo en su actividad, no se podrá aplicar la Directiva –por la ausencia de establecimiento permanente– y será aplicable la doctrina del TJUE sobre impuestos de salida.

mente –*ope legislatione*– el aplazamiento indefinido de la tributación de las plusvalías, hasta que los activos vinculados al EP se transmitan.

Si el traslado de residencia es total, de modo que no se mantiene EP alguno, la existencia de una “no-regla” en la Directiva determina la aplicación directa de los Tratados, en la interpretación realizada por el TJUE. En el caso de las personas jurídicas, la sentencia *National Grid Indus* (asunto C-371/10) se construye sobre la base del doble precedente de *Lasteyrie* y *N* (citadas por los recurrentes y por el Tribunal). La sentencia *National Grid Indus*, que constituye un caso clave para los impuestos de salida aplicables a personas jurídicas, es citada de hecho por otras 34 sentencias, un número muy elevado si tenemos en cuenta que es relativamente reciente (la última sentencia que la cita es de 23 de noviembre de 2017, A, asunto C-292/16)⁴². La doctrina se ha completado con otras sentencias, como *Comisión/Portugal*⁴³, de 2012; *Comisión/España*⁴⁴, de 2013; *DMC*⁴⁵, de 2014; o *Verder LabTec*⁴⁶, de 2015. Analizaremos este cuerpo jurisdiccional de manera conjunta.

Una cuestión preliminar es la posibilidad de aplicar, en este caso, la libertad de establecimiento. En *National Grid Indus*, el TJUE consideró que la empresa quedaba bajo el amparo de dicha libertad, puesto que había ejercido su derecho a migrar de un Estado a otro manteniendo –la normativa del Estado de origen lo permitía, al contrario que en *Daily Mail*– su personalidad jurídica. BROCKE y MÜLLER (2013, pág. 300) extraen de la sentencia que el traslado de la sede de dirección es una forma de ejercicio de la libertad de establecimiento.

Las reflexiones del TJUE sobre la existencia de una discriminación y su justificación –basada en el reparto equilibrado de la potestad tributaria de los Estados miembros– no varían mucho de lo afirmado en el asunto *N* en relación al impuesto de salida para personas físicas. Como ha especificado en *DMC*, cabe el gravamen de las plusvalías latentes antes de su realización efectiva sólo cuando el Estado miembro se encuentre en la imposibilidad de ejercer su potestad tributaria sobre tales plusvalías en el momento de su realización efectiva⁴⁷. Esto es lo que justificaría la liquidación inmediata del tributo. Al mismo tiempo, toda normativa estatal que establezca un impuesto de salida debe conceder al contribuyente la elección entre pagar automáticamente o bien aplazar dicho pago hasta un momento posterior. El TJUE ha tenido la oportunidad de aclarar que dicha elección debe ser libre y automática; no puede estar sujeta a requisitos específicos ni a autorización administrativa (asunto *Comisión/España*, aps. 36-37), aunque sí cabe la exigencia

⁴² Datos a fecha de 1 de febrero de 2018.

⁴³ Sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Comisión/Portugal*, C-38/10, ECLI:EU:C:2012:521.

⁴⁴ Sentencia de 25 de abril de 2013, *Comisión/España*, C-64/11, ECLI:EU:C:2013:264.

⁴⁵ Sentencia de 23 de enero de 2014, *DMC*, C-164/12, ECLI:EU:C:2014:20.

⁴⁶ Sentencia de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec*, C-657/13, ECLI:EU:C:2015:331.

⁴⁷ Sentencia de 23 de enero de 2014, *DMC*, C-164/12, ECLI:EU:C:2014:20, ap. 58. Se añade en la de 14 de septiembre de 2017, *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements*, C-646/15, ECLI:EU:C:2017:682, aps. 55-56, que no basta que el Estado de origen conserve una potestad “eventual” (en el caso de autos, la competencia fiscal que conserva el Estado miembro quedaba supeditada “a la potestad discrecional de los administradores fiduciarios y de los beneficiarios”).

“en su caso, de intereses con arreglo a la normativa nacional aplicable” (asunto *National Grid Indus*, ap. 73).

Existen tres importantes diferencias entre la doctrina del TJUE en relación a personas físicas y jurídicas. Se refieren a la posibilidad de establecer un límite al aplazamiento en el caso de personas jurídicas (no previsto para personas físicas), la no necesidad de tener en cuenta las minusvalías en el caso de personas jurídicas y, por el contrario, la posibilidad de exigirles la constitución de garantías. En su conjunto, las diferencias hacen que la jurisprudencia del Tribunal sea menos proteccionista o garantista para las empresas. En parte, puede explicarse porque los riesgos son más elevados a la hora de garantizar el cobro, dado que las personas jurídicas son ficciones creadas por el Derecho (HERRERA MOLINA, 2013, pág. 26). Además, téngase en cuenta que, en la medida en que las normativas de los dos Estados –de origen y de destino– estén bien articuladas, la única desventaja por el cobro de un tributo será en términos de liquidez o tipo de interés para la financiación (ARENDONK, 2010, pág. 60), algo que una empresa suele estar más preparada para afrontar. Pero, además, si existieran discrepancias que generasen una doble imposición, ello sería en todo caso irrelevante desde la perspectiva del Derecho de la Unión, que no garantiza que el ejercicio de las libertades de circulación sea neutral desde el punto de vista fiscal, tal y como hemos apuntado previamente.

De la sentencia *National Grid Indus* no se derivaba con claridad si cabe establecer un límite máximo al diferimiento. El apartado 73 hace referencia a “pagar con carácter diferido el importe de dicho gravamen”, pero no dice expresamente que dicho aplazamiento sea hasta la transmisión de los activos. Puede deducirse implícitamente que así sería de apartados como el 70 (que se refiere al “seguimiento preciso [...] del destino de todos los elementos del activo fijo y circulante de ésta *hasta la realización de las plusvalías latentes*”). Con todo, téngase en cuenta que el marco en que el TJUE dicta su sentencia viene dado por la formulación de la cuestión prejudicial y de las alegaciones de las partes. Parece que son la empresa afectada y la Comisión Europea quienes proponen “el cobro [del impuesto] en el momento de la realización efectiva de las plusvalías” (ap. 65) como medida menos gravosa. No sería la primera vez que una afirmación del Tribunal de Justicia en apariencia muy restrictiva se debe en realidad a los términos en que se le plantea una cuestión y es posteriormente matizada⁴⁸.

¿Cabe, por tanto, establecer dichos límites? En un primer momento, fue la práctica de la Comisión la que dio una respuesta positiva. Como señala VILÁGI (2012, pág. 352), la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra Suecia en relación a su sistema de impuestos de salida. En 2010, tras la reforma de dicho régimen, la Comisión cerró el procedimiento. Tal y como

⁴⁸ Es lo que sucedió, en nuestra opinión, en la jurisprudencia del TJUE sobre abuso en el ámbito del IVA, en relación a si la ventaja fiscal debe ser la “finalidad única” o la “finalidad esencial” de una operación abusiva. Aunque la cuestión se aclaró por completo en la sentencia de 21 de febrero de 2008, *Part Service*, C-425/06, ECLI:EU:C:2008:108 (el juez nacional hizo la pregunta expresamente) en favor de la segunda de las dos expresiones, ya en la sentencia de 21 de febrero de 2006, *Halifax y otros*, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121, quedaba claro que no era necesario que la voluntad de obtener una ventaja fiscal fuera la finalidad única de una operación para poder declararla abusiva. El TJUE empleó el término “finalidad única” porque el juez británico había constatado que así era en el supuesto fáctico analizado. Permitase la remisión, para un mayor desarrollo de la cuestión, a SANZ GÓMEZ (2012, págs. 228-230).

quedó configurada, la legislación sueca preveía un aplazamiento de la plusvalía de activos fijos que estaba vinculada con su depreciación (amortización): en relación con maquinaria y equipamiento, el aplazamiento máximo era de cinco años; en el caso de intangibles, diez. En principio, otros activos no sujetos a depreciación no quedarían gravados hasta su transmisión efectiva.

Posteriormente, el TJUE ha considerado proporcionada una recaudación escalonada en cinco o en diez anualidades⁴⁹. En el asunto *DMC*, el Tribunal de Justicia argumentó que la exigencia de un pago escalonado, incluso antes de la realización efectiva de las plusvalías latentes, era una medida proporcionada “habida cuenta de que el riesgo de que no se recauden los tributos aumenta en función del transcurso del tiempo” (apartado 62). La posibilidad de exigir intereses y de fraccionar –que no aplazar– el tributo modifican sustancialmente la configuración del impuesto de salida resultante. Desarrollaremos esta idea en el epígrafe conclusivo.

La segunda diferencia entre las doctrinas que analizamos es que, en el caso de personas jurídicas, no se exige al Estado de origen que tenga en cuenta las minusvalías futuras, algo que sí puede ser obligatorio en relación a las personas físicas. La regla, incluida en la sentencia *National Grid Indus*, ya venía aplicándose por la práctica de la Comisión: por ejemplo, la reforma sueca que dio lugar al cierre del procedimiento de infracción no preveía la imputación de las minusvalías que se produjeran tras la migración (VILÁGI, 2012, pág. 353). Esto se vincula, según la jurisprudencia, con la estructura del Impuesto de Sociedades y de la propia persona jurídica. En el caso de salida de personas físicas, las plusvalías o minusvalías se siguen generando en el mismo Estado donde se venían generando, ya que el cambio de residencia es de la persona titular de las participaciones.

Además, en el caso de personas jurídicas, se permite la exigencia de garantías, afirmación contenida en el epígrafe 74 de *National Grid Indus* sin más justificación y que, como estudiaremos luego, se incorpora a la Directiva 2016/1164. ¿Cuál es la justificación de esta última diferencia? Son diversos los autores que consideran que el distinto juicio de proporcionalidad se debe una cuestión práctica, que es la mayor complejidad en la modificación de residencia de una empresa (VILÁGI, 2012, pág. 352; MARTÍN RODRÍGUEZ, 2012). Una corriente doctrinal ha considerado que la STJUE no permite la exigencia de garantía en todo caso, sino exclusivamente cuando el riesgo sea particularmente elevado⁵⁰ (O’SHEA, 2012, pág. 203; MARTÍN RODRÍGUEZ, 2012; HERRERA MOLINA 2013, pág. 27). Esta afirmación se confirma en la jurisprudencia posterior del TJUE: por ejemplo, en el asunto *DMC* se afirma que no puede imponerse una garantía “por principio, sin una evaluación previa del riesgo de que no se recaude el impuesto” (apartado 67). De acuerdo con el apartado 68 de dicha sentencia, parece que la movilidad de los activos de los que se derivan las plusvalías y su localización geográfica son elementos que el TJUE tiene en cuenta.

⁴⁹ Respectivamente, sentencias de 23 de enero de 2014, *DMC*, C-164/12, ECLI:EU:C:2014:20, ap. 64; y de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec*, C-657/13, ap. 52.

⁵⁰ Partiendo de este análisis de la situación, y en la medida en que la admisibilidad de la exigencia de garantías se determina en el análisis de proporcionalidad, MARTÍN RODRÍGUEZ (2015, pág. 143) considera que el resultado de la ponderación podría variar en un futuro si se consolida la eficacia de los mecanismos de cooperación interadministrativa: “a la par que evolucione el intercambio de información en la Unión es previsible que deban eliminarse paralelamente estas trabas”.

Junto a la valoración de la proporcionalidad –cuyo peso nos parece evidente–, consideramos que hay otros elementos que deben tomarse en consideración. Este parece tratarse de uno de esos casos, relativamente poco frecuentes, donde la aprobación de normas de Derecho derivado impacta en las sentencias que interpretan los Tratados. Si el TJUE hubiera afirmado que no cabe exigir garantías a la empresa que traslada su residencia, estaría desbordando totalmente el requisito del EP de la Directiva sobre operaciones de reorganización societaria, que podría soslayarse sin ningún tipo de consecuencia. Ello no supondría un problema jurídico (la exigencia de un representante fiscal a un no residente es, en sí misma, contraria al Derecho de la Unión, por ejemplo), pero tal vez sí político. En el mismo orden de cosas, en el ámbito de la Directiva matriz-filial, la sentencia *Denkavit Internationaal* permite a los Estados miembros no aplicar inmediatamente los beneficios de dicha directiva aunque la sociedad matriz se comprometa unilateralmente a respetar el período mínimo de participación, en ausencia de aseguramientos más firmes⁵¹. El Tribunal (contra la postura de la Comisión, por cierto) afirmó que “la Directiva no obliga a los Estados miembros a conceder la exención a partir del comienzo de dicho período, si no están seguros de poder obtener el pago ulterior del impuesto en caso de que la sociedad matriz no observe el plazo mínimo de participación que hayan fijado”. Podemos aventurar la hipótesis que el TJUE dictó en su momento una sentencia condicionada, en parte, por la necesidad de respetar el delicado equilibrio alcanzado por los Estados miembros en el ámbito del Consejo; y sentó así una doctrina que tiene una fuerza expansiva por cómo funciona el sistema del precedente. Por supuesto, no deja de tener relevancia que los sujetos afectados sean diferentes (personas físicas / personas jurídicas) porque, de lo contrario, el TJUE se encontraría con una contradicción abierta en su jurisprudencia que tendría que resolver.

En la legislación española, se establece un impuesto de salida en el artículo 19.1 LIS. El primer párrafo afirma que “se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste”. Se exceptúan los supuestos en que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad. Esta es la regla prevista en la Directiva 2009/133/CE, que se aplicará independientemente de cuál sea el Estado de destino.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 19.1 LIS codifica la doctrina del TJUE establecida a partir de *National Grid Indus*⁵². En ausencia de establecimiento permanente, y –en este caso sí– en la medida en que el Estado de destino sea un Estado miembro de la UE o del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, el contribuyente podrá solicitar el aplazamiento, que se regirá por las reglas de la LGT en lo relativo al devengo de intereses de demora y a la constitución de garantías para dicho aplazamiento. Analizaremos este artículo con más detalle en

⁵¹ Sentencia de 17 de octubre de 1996, *Denkavit Internationaal y otros*, C-283/94, C-291/94 y C-292/94, ECLI:EU:C:1996:387, ap. 33.

⁵² Fue ya introducida en el anterior artículo 17.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, como respuesta a la sentencia de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, C-269/09, ECLI:EU:C:2012:439.

el apartado siguiente, puesto que es necesario comprobar no sólo si es compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino con la Directiva (UE) 2016/1164.

El artículo 81 LIS, en su párrafo primero, transpone el mandato de no imposición de los socios en caso de operaciones de reorganización y, a tales efectos, prevé la no integración en la base imponible las rentas que se pongan de manifiesto en la operación. Ahora bien, el apartado tercero prevé una regla especial, para el caso de que el socio pierda la cualidad de residente en España. Esta regla es similar al impuesto de salida regulado en el 95 bis IRPF o 19.1 LIS: en primera instancia, se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado de las acciones o participaciones y su valor de adquisición, salvo que las acciones o participaciones queden afectas a un EP en territorio español.

El pago quedará aplazado (a solicitud del contribuyente) cuando el socio pase a ser residente en un Estado de la UE, o un Estado del EEE con el que exista un efectivo intercambio de información. Si el obligado vuelve a adquirir la condición de contribuyente antes de transmitir las acciones o participaciones, podrá solicitar la rectificación de la autoliquidación. Será de aplicación lo dispuesto en la LGT sobre devengo de intereses de demora y constitución de garantías para dicho aplazamiento.

Esta norma se aplica tanto al IS como al IRPF. Algunas de las reglas del artículo 65 LGT no pueden aplicarse en el ámbito de los impuestos de salida sobre personas jurídicas, porque son contrarias a la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia. Así, entre otras cuestiones, no cabe someter el aplazamiento a requisitos como el criterio del artículo 65.1 LGT, que exige que la situación económico-financiera del contribuyente le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos. Ya en la sentencia *Comisión/España*, el Tribunal de Justicia apuntó que el mecanismo de aplazamiento previsto en la LGT no era automático y no cumplía con las exigencias de la jurisprudencia en materia de impuestos de salida⁵³. En este sentido, parece necesario adaptar la LIS o al propia LGT. Podría caber una interpretación conforme con la Directiva (que, no lo olvidemos, tiene efecto directo bajo ciertos requisitos) apelando al artículo 82.2.c) LGT, que permite la dispensa total o parcial de garantía “en los demás casos que establezca la normativa tributaria”, aunque lo entendemos algo forzado. Por lo demás, los intereses de demora se calcularán de acuerdo con el art. 26 LGT.

Por último, si el artículo 81.3 LIS se aplica a contribuyentes del IRPF, el resultado es claramente contrario a la jurisprudencia establecida en *N*, que no permite exigir garantías (algo que ya advirtieron en su momento MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, 2007, pág. 56).

5. LA DIRECTIVA DEL CONSEJO 2016/1164: LA CODIFICACIÓN DE LOS IMPUESTOS DE SALIDA COMO CLÁUSULA ANTIELUSIÓN

La Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del

⁵³ Sentencia de 25 de abril de 2013, *Comisión/España*, C-64/11, ECLI:EU:C:2013:264, ap. 37.

mercado interior (en lo sucesivo, ATAD), pretende trasladar los criterios BEPS al ámbito de la Unión Europea: ya el primer considerando hace referencia a “la necesidad de garantizar el pago del impuesto allí donde se generen los beneficios y el valor”. En este sentido, cabe señalar que las Conclusiones del Consejo de 8 de diciembre de 2015 habían apuntado la necesidad de encontrar soluciones comunes y a la vez flexibles, a escala de la UE, que se ajustaran a las conclusiones BEPS de la OCDE. Pero, aunque los impuestos de salida aparecen mencionados en el Informe final de la Acción 6 (“Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales”), se trata de algunas referencias laterales. Como señala la generalidad de la doctrina (PATÓN GARCÍA, 2016; CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, 2017) y apuntaron algunos Estados en el Ecofin, el establecimiento de un impuesto de salida no forma parte del Plan de Acción BEPS. El impuesto de salida previsto en la Directiva no es tanto una aplicación de BEPS como una codificación de la jurisprudencia del TJUE en la materia.

El Informe final de la Acción 6 parte de la compatibilidad de este tipo de impuestos con el Modelo de CDI, aunque señala que pueden producirse casos de doble imposición que deberían solucionarse a través del procedimiento amistoso. Los considerandos de la Directiva conectan la cláusula con la territorialidad impositiva, por lo que asumiendo que su objetivo es promover un adecuado reparto de la potestad tributaria estatal⁵⁴, el lugar para ello es una norma de la Unión Europea. La ventaja de la Directiva es que, al regular la distribución de la potestad tributaria entre los Estados miembros, evita los casos de doble imposición que, como advierte la OCDE, podrían producirse.

La acción conjunta se justifica, por tanto, por la necesidad de “evitar la fragmentación del mercado y poner fin al falseamiento del mercado y a las asimetrías existentes en la actualidad”; es importante tener en cuenta que ha ido consolidándose la noción, en el Derecho de la UE, de que la elusión y evasión fiscales impactan negativamente sobre la libre competencia. Sólo desde esa idea se entiende que se haya llegado a considerar que la UE tiene competencia para regular “un nivel mínimo de protección frente a las prácticas de elusión fiscal en los sistemas nacionales del impuesto sobre sociedades en toda la Unión”. La propia Directiva, en su considerando tercero, afirma que eso equivale a “establecer un nivel mínimo común de protección del mercado interior en sectores específicos”.

Las disposiciones de la Directiva se aplican a todos los contribuyentes sujetos al IS correspondiente en cada Estado; en particular, quedan excluidas las entidades transparentes. Las normas se aplican también a los EP de los contribuyentes del IS que puedan estar situados en otro u otros Estados miembros; los establecimientos permanentes de entidades residentes a efectos fiscales en un tercer país también deben estar cubiertos por dichas normas si están situados en uno o varios Estados miembros. El impuesto de salida no se aplica en el caso de traslados de activos entre sociedades con personalidad jurídica diferente (por ejemplo, entre una matriz y su filial).

⁵⁴ Con todo, otros autores consideran que la finalidad de la Directiva es antiabuso en este punto concreto: limitar determinadas transferencias de residencia y activos en el marco de esquemas de planificación fiscal agresiva (RIGAUT, 2016). Por el contrario, señalan CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ (2017, pág. 22) que “la memoria justificativa de la directiva conect[a] en mayor medida esta cláusula con la territorialidad impositiva”.

Es el artículo 5 ATAD el que regula la imposición de salida. Téngase en cuenta que, a diferencia de las cláusulas antielusión previstas hasta ahora en la normativa de la UE (que constituían reservas de competencia en favor de los Estados), las cláusulas de la Directiva 2016/1164 establecen obligaciones que los Estados deben cumplir. Así, los Estados deben tomar medidas para prevenir y combatir la elusión y la evasión fiscales en el ámbito de la imposición directa, una obligación que ya se venía configurando a partir del régimen de ayudas de Estado y que ahora se concreta en disposiciones específicas. En la medida en que la Directiva codifica la jurisprudencia existente, no cabe establecer medidas más estrictas (CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, 2017, pág. 24), aunque cabe preguntarse si es posible introducir disposiciones más favorables para los contribuyentes. Desde luego, los considerandos parecen reconocer la existencia de un margen de acción relevante para los Estados miembros: la regulación UE debe quedar circunscrita “a nociones de carácter general, y su aplicación debe dejarse en manos de los Estados miembros”, según el considerando tercero; con el objetivo de establecer “un nivel mínimo de protección frente a las prácticas de elusión fiscal”.

Un contribuyente será gravado por el valor de mercado de los activos trasladados, en el momento de dicho traslado, una vez deducido el valor de los mismos a efectos fiscales, cuando se realice alguna de las cuatro operaciones previstas en el artículo 5 ATAD, que se refieren a la transferencia de activos (puntos primero y segundo), el traslado de la actividad realizada por un establecimiento permanente al extranjero (cuarto punto) y el que analizaremos con detalle, que es el traslado de residencia (tercer punto), concretamente el traslado de la residencia fiscal del contribuyente a otro Estado miembro o a un país tercero⁵⁵, excepto en relación con aquellos activos que sigan estando vinculados de manera efectiva a un establecimiento permanente en el primer Estado miembro⁵⁶.

Como señalan CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ (2017, pág. 27), “la normativa española no regula de forma específica, completa y coordinada todos los supuestos recogidos en el artículo 5.1 de la Directiva” por lo que, evidentemente, es necesaria una reforma normativa. El artículo 19.1 LIS recoge el supuesto previsto en el art. 5.1.c) ATAD. El art. 5.1.b), sobre activos vinculados a un EP que se transfieren al extranjero, estaban contemplados en el artículo 17.1.c) TRLIS pero, en la actualidad, quedarían bajo el ámbito de la normativa de operaciones vinculadas, según los autores citados; lo mismo sucedería, en su caso, con el art. 5.1.a), referido al traslado de activos

⁵⁵ El art. 2.7) ATAD define el traslado de la residencia fiscal como “la operación mediante la cual un contribuyente deja de ser residente a efectos fiscales en un Estado miembro y adquiere la residencia fiscal en otro Estado miembro o en un tercer país”.

⁵⁶ Esta afirmación es coherente con el régimen de la Directiva 2009/133/CE: así, el impuesto de salida está vinculado, en todos los casos, con la pérdida del derecho a gravar una serie de activos. Por su parte, están excluidas las siguientes operaciones: las transferencias de activos relacionados con la financiación de garantías, los activos entregados como garantía o la transferencia de activos realizada para cumplir requisitos prudenciales de capital o a efectos de gestión de liquidez, siempre que se prevea que los activos deben volver al Estado miembro del responsable de la transferencia en un plazo de doce meses; las transferencias de activos, incluido el efectivo, entre una sociedad matriz y sus filiales (esto último se establece expresamente en el considerando 10 de la Directiva pero se puede deducir por exclusión, ya que la imposición de salida por transferencia de activos se produce cuando estos se transfieran dentro de una misma entidad).

desde la sede de dirección a un establecimiento permanente en el extranjero. Finalmente, la doctrina señala que el supuesto del art. 5.1.d) ATAD, que se refiere al traslado de la actividad realizada por un establecimiento permanente, no está prevista en la normativa española en ningún caso (RIBES RIBES, 2016, pág. 177; CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, 2017, pág. 27).

De acuerdo con el apartado segundo del artículo 5, se otorgará al contribuyente el derecho al fraccionamiento en cinco años del pago del impuesto de salida cuando el Estado de destino sea un Estado miembro de la UE o un país que forme parte del EEE y haya celebrado un acuerdo con el Estado miembro de origen o con la UE en su conjunto sobre asistencia mutua en el cobro de créditos tributarios que sea equivalente a la asistencia mutua prevista en la Directiva 2010/24/UE del Consejo.

El fraccionamiento del pago será siempre una opción a disposición del contribuyente. Los Estados podrían solicitar que los contribuyentes que ejerzan tal opción incluyan la información necesaria en una declaración (afirmación contenida en los considerandos pero, sorprendentemente, no en el propio artículo 5). Se podrán aplicar intereses, de conformidad con la legislación del Estado de origen. En el caso de que exista un “riesgo demostrable y real de impago”, se podrá exigir también que los contribuyentes constituyan una garantía. No será posible –entendemos que la Directiva presume *iuris et de iure* que en este caso no existirá tal riesgo– cuando la legislación del Estado miembro del contribuyente o del EP prevea la posibilidad de cobro de la deuda tributaria a través de otro contribuyente que sea miembro del mismo grupo y residente a efectos fiscales en ese Estado miembro.

Analicemos la conformidad de la normativa española con la ATAD. En primer lugar, el grupo de países de destino respecto de los cuales se reconocerá el derecho al aplazamiento está correctamente configurado⁵⁷. La garantía, según la normativa española, podrá exigirse según las reglas de la LGT, lo cual se compadece mal con los estrictos requisitos (“riesgo demostrable y real de impago”) a que queda sujeta su constitución en la Directiva. Ya hemos apuntado este problema: cabe una interpretación correctiva pero sería conveniente una reforma normativa; más aún ahora que existe un texto específico que España tiene el deber de transponer a su ordenamiento.

La última discordancia es que la ATAD prevé que se otorgará al contribuyente el derecho al fraccionamiento en cinco años, mientras que la norma española prevé un aplazamiento hasta la realización efectiva de las plusvalías. Nos preguntamos si un Estado puede establecer normas que sean más favorables al contribuyente (en el sentido de facilitar el pago) que la regla contenida en la Directiva. Pues bien, aunque un plazo mayor no sería contrario a las libertades de circulación, el mandato del artículo 5.2 ATAD es suficientemente claro e incondicionado, por lo que implementar cualquier otro tipo de aplazamiento o fraccionamiento sí sería contrario a la Directiva.

Pese a la concesión del fraccionamiento, la ATAD prevé que la deuda tributaria será inmediatamente exigible cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

⁵⁷ Estados de la UE o Estados del EEE con los que se exista un efectivo intercambio de información en los términos previstos en la disposición adicional primera, apartado cuarto, de la Ley 36/2006.

En primer lugar, cuando los activos de la actividad se vendan o se enajenen de algún otro modo (es decir, en el caso de realización efectiva de las plusvalías, supuesto previsto por la normativa española en el artículo 19.1 LIS, párrafo segundo).

En segundo lugar, cuando la residencia fiscal del contribuyente o la actividad realizada por su establecimiento permanente se trasladen posteriormente a un tercer país. Este supuesto no está previsto en la normativa española, y su encaje en el párrafo primero del artículo 19.1 LIS podría resultar un poco forzado, en la medida en que se refiere a una “entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste”. Es cierto que en el caso previsto por la Directiva la entidad sería originariamente residente en España y que acabaría por transferir su residencia a un tercer Estado; pero no era residente española en dicho momento. Similar es el tercer supuesto previsto en la ATAD, aquel en que los activos trasladados se trasladen posteriormente a un tercer país (ya que en este caso se entiende que se pierden las garantías para el cobro; además de que deja de ser aplicable la libertad de establecimiento). Esta situación tampoco está expresamente prevista en la LIS.

El cuarto supuesto previsto en la ATAD es aquel en que el contribuyente se halle en situación de quiebra o liquidación. La normativa concursal española puede ser aplicable en algunos supuestos: por ejemplo, en caso de transmisión de activos por parte de una entidad a un EP situado en el extranjero, el deudor sigue siendo residente; también cuando España sea el Estado de destino y deba ayudar al cobro de un impuesto de salida extranjero. La Ley 22/2003, Concursal (en lo sucesivo LC) no prevé el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados hasta la apertura de la liquidación (art. 146 LC). Por tanto, en sentido estricto no se cumple lo previsto en el artículo 5.4.d) ATAD, que exige que el aplazamiento se interrumpa “de manera inmediata”. Lo que sí sucederá de forma automática es la sujeción del crédito al procedimiento concursal, en igualdad de condiciones con el resto de créditos.

Finalmente, se exigirá la deuda cuando el contribuyente incumpla sus obligaciones en relación con los pagos fraccionados y no corrija su situación a lo largo de un período razonable, que no excederá de doce meses. La normativa española no prevé un “período razonable” para que el contribuyente pueda corregir su situación. Suponiendo que el contribuyente presentó la declaración correspondiente en período voluntario, el incumplimiento del plazo correspondiente al fraccionamiento o aplazamiento implica, según el artículo 54 del Reglamento General de Recaudación⁵⁸, el inicio automático del período ejecutivo. Ahora bien, cabe esperar que un Estado aplique unas reglas equivalentes en caso de incumplimiento de las obligaciones de pago en caso de aplazamiento o fraccionamiento, y cabría vincular el concepto de “período razonable” con un principio de igualdad de trato. De lo contrario, podríamos incluso plantearnos si no se estará produciendo una ayuda de Estado: recuérdese que la existencia de una Directiva no dispensa a los Estados de cumplir con las reglas del Derecho originario, y que la falta de diligencia en el cobro de deudas puede dar lugar a una ayuda de Estado. ¿El incumplimiento de este fraccionamiento y el del resto de los realizados al amparo de la LGT son equivalentes y, por tanto,

⁵⁸ Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

deben tratarse de igual manera? Consideramos que no lo son –los aplazamientos y fraccionamientos de la LGT se conceden discrecionalmente por la Administración, mientras que en el caso del impuesto de salida es una exigencia de la libertad de establecimiento– pero lo cierto es que, mediante su jurisprudencia, el TJUE los asimila claramente en la práctica.

Por otra parte, la Directiva establece reglas sobre la valoración de activos para prevenir la doble imposición: el apartado 5 del art. 5 afirma que el Estado de destino aceptará el valor determinado por el Estado de origen como valor de base de dichos activos a efectos fiscales, a menos que no refleje el valor de mercado, definido en el apartado 6. Lo interpretamos como una manifestación del principio de mutuo reconocimiento que ya propuso la Comisión en su Comunicación de 2006. En realidad, la Directiva establece la regla del valor de mercado, calculado en el momento de la salida de los activos; y una presunción *iuris tantum* de que el valor determinado por el Estado de origen es equivalente a aquél. El Estado de destino tendrá la carga de impugnar el valor calculado por el Estado de origen y la cuestión deberá dilucidarse a través de los mecanismos existentes de resolución de litigios.

España no ha introducido una regla como la prevista en el artículo 5.5 ATAD (CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, 2017, pág. 27), sino que el valor de adquisición será el valor contable (art. 19.1 LIS, primer párrafo). Deberá, por tanto, modificar su normativa interna, ya que la ausencia de una regla *step-up* crea problemas de doble imposición (CALVO VÉRGEZ, 2015). Así, ¿qué sucede si un sujeto es residente en España durante diez años pero ha sido titular de unas participaciones durante veinte? Al no tomar en cuenta que la plusvalía generada durante los diez primeros años –en que el contribuyente era no residente– podría haber sido gravada por el que entonces fuera Estado de residencia de este sujeto, se produce un riesgo de doble imposición. La configuración del valor de adquisición para no abarcar plusvalías no generadas en España podría hacerse considerando que el impuesto de salida extranjero incrementa el coste de adquisición, aunque la compatibilidad de esta propuesta con los principios contables españoles es discutible (PÖTGENS et al, 2016, pág. 250).

Aunque el fundamento de la Directiva es, en principio, garantizar el reparto equilibrado del poder tributario, tiene un efecto beneficioso sobre la prevención de algunas formas de fraude fiscal, como las apuntadas por RUIZ ALMENDRAL (2010, págs. 26-27), que se aprovecharían de asimetrías entre Estados miembros. Señalaba esta autora que a través del traslado de residencia podría buscarse una doble no imposición gracias a la renuncia del Estado de origen a gravar las plusvalías latentes o a su valoración por el valor contable, mientras que el Estado de destino las valoraría por su valor de mercado. Esto implicaría, evidentemente, la no-imposición de parte de la plusvalía generada. La Directiva evita estas situaciones, puesto que el gravamen de las plusvalías latentes es obligatorio⁵⁹ y se establece un criterio único para la valoración de los activos tasados.

⁵⁹ Sí existe un supuesto donde no es obligatorio tal gravamen, y que España tendrá que incorporar a su normativa: las transferencias de activos relacionados con la financiación o prestación de garantías, o el cumplimiento de requisitos prudenciales de capital o efectos de gestión de liquidez, siempre y cuando esté previsto que los activos vuelvan al Estado de referencia en un plazo máximo de doce meses.

6. CONCLUSIONES

La configuración de los impuestos de salida, aún pendiente de implementación en lo que a personas jurídicas se refiere –el artículo 5 de la ATAD no debe aplicarse hasta el 1 de enero de 2020– es el producto de la interpelación mutua entre los Estados y las instituciones de la Unión. Los impuestos de salida han acabado por configurarse como un instrumento para garantizar el adecuado reparto del poder impositivo entre los Estados miembros (y así lo ha reconocido el TJUE en *N o National Grid Indus*). Como consecuencia, y pese a provocar una restricción de la libertad de establecimiento, han ido gozando de una aceptación creciente, desde la tolerancia inicial hasta su reconocimiento como un instrumento necesario para la prevención de la erosión de bases imponibles.

A lo largo de este camino se han ido concretando las medidas que podían aplicar los Estados para garantizar el cobro de estos tributos, que se derivan de las exigencias de proporcionalidad. Existen dos cuerpos de jurisprudencia, uno relativo a personas físicas y otro a personas jurídicas. Este segundo grupo de sentencias debe analizarse junto con la Directiva sobre operaciones de reorganización societaria y la ATAD. Los impuestos de salida sobre personas físicas y sobre personas jurídicas coinciden, en primer lugar, en su justificación, el reparto equilibrado del poder impositivo. No existe, en este sentido, ninguna razón objetiva para establecer una distinción entre la tributación a la salida de las personas físicas y la de las personas jurídicas por las plusvalías latentes. Otro parecido se encuentra en la imposibilidad de exigir el pago con carácter automático: así, es necesario dar la opción al particular entre el pago inmediato o su aplazamiento, que se concedería de manera automática.

Existen también diferencias relevantes. Este aplazamiento (o fraccionamiento) parece ser indefinido para las personas físicas, mientras que en el caso de las personas jurídicas puede estar sujeto a término, y así lo prevé la ATAD. También se puede exigir a estas últimas el pago de intereses y, en casos donde el riesgo de impago sea más elevado, la constitución de garantías.

En realidad, las consecuencias prácticas de la jurisprudencia del TJUE se compadecen mal con aquella afirmación inicial de que no puede exigirse el tributo hasta que no se realicen las plusvalías (que es la base de la comparación migrante / no migrante sobre la que se construye la existencia de una restricción al derecho de establecimiento). Como señaló en su momento HERRERA MOLINA (2013, pág. 28), “el pago no se aplaza para conceder una ventaja financiera al interesado, sino para equiparar su situación a la de una empresa que no se traslada” (en un sentido equivalente, THÖMMES y LINN, 2012, pág. 489). La consecuencia es que se está aplicando una norma idéntica –en el caso de España, las reglas de la LGT sobre aplazamientos y fraccionamientos– a situaciones que no lo son: el aplazamiento, con carácter general, es una ventaja sujeta a concesión administrativa y que implica cargas concretas; en el caso de un *exit tax*, es una opción derivada del derecho de establecimiento para garantizar una igualdad de trato.

Nótese que luego, poco a poco, el Tribunal de Justicia ha ido aceptando como proporcionadas normativas estatales en las que no se reconocía el aplazamiento hasta la realización de las plus-

valías (por transmisión de los activos) o hasta la pérdida de la protección de la libertad de establecimiento (por traslado de la residencia fuera de la UE/EEE), sino que se preveía un aplazamiento hasta un término prefijado o, directamente, un fraccionamiento del pago (por ejemplo, en las sentencias *DMC* y *Verder LabTec*). Esto implica que el traslado de residencia no solo desencadena el devengo del tributo, sino también su exigibilidad (porque sólo desde entonces tiene sentido exigir intereses de demora). Dudamos de hasta qué punto esto es proporcionado al fin que se pretende perseguir, que es el reparto equilibrado del poder tributario. Citando de nuevo a THÖMMES y LINN (2012, pág. 491, traducción propia), “desde un punto de vista económico, la exigencia de intereses equivalente al pago inmediato del impuesto de salida, supuesto que el TJUE, claramente, ha calificado de desproporcionado”.

En última instancia, lo único que la jurisprudencia más reciente del TJUE reconoce a las personas jurídicas es un derecho a ciertas facilidades de pago, que se han concretado en la ATAD: un fraccionamiento en cinco años y una exención, con carácter general, de la obligación de prestar garantías (ya que sólo son exigibles allá donde se aprecie un alto riesgo de impago). Desde esta perspectiva, la Directiva 2009/133/CE no estaría superada aún, ya que los contribuyentes que se sujeten a la doble exigencia allá prevista –mantenimiento de un establecimiento permanente y del valor contable de los activos– sí gozarán de un aplazamiento indefinido del pago del tributo exigible por las plusvalías latentes.

Un análisis institucional de la evolución normativa del tratamiento de los impuestos de salida en la Unión Europea confirma el alto dinamismo y el intenso diálogo que se produce entre los diversos agentes, fruto de una elevada interconexión. Así, la Comisión puede dictar normas de *soft law* –como la Comunicación sobre “Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros”–, tiene el monopolio de la iniciativa legislativa y puede además impugnar normas estatales ante el TJUE si considera que infringen el Derecho de la Unión. Los Estados pueden proponer soluciones de manera unilateral, mediante su función legislativa interna, o en el seno del Consejo. El Tribunal de Justicia ha actuado como un legislador positivo a partir de la materia prima constituida por las legislaciones nacionales, llegando a diseñar con un elevado grado de detalle el tipo de impuesto de salida que sería conforme con su interpretación de los Tratados: hemos podido comprobar que, en buena medida, la ATAD sigue la jurisprudencia del TJUE. Por último, y muy importante, en el marco del proceso ante el Tribunal de Justicia se produce la intervención de la Comisión y de todos los Estados interesados (obsérvese que, por ejemplo, en el caso *National Grid Indus*, un total de diez Estados presentaron observaciones, y que además se coordinaron estratégicamente para presentar un frente común). Esta estructura permite que se empleen –y reutilicen– materiales jurídicos de todo tipo, aunque produzca resultados cuestionables desde una perspectiva más clásica. Por ejemplo, la conjunción de liquidación en el momento del cambio de residencia y de aplazamiento fue propuesta por la Comisión al diseñar la Directiva sobre reorganización societaria, rechazada por el Consejo; propuesta nuevamente frente al TJUE, aceptada por este, aplicada por los Estados en su normativa estatal y, finalmente, codificada en la ATAD.

Los Estados miembros tendrán ahora que adaptar sus impuestos de salida –o, en el caso de no tenerlos en su ordenamiento, crearlos– antes del 1 de enero de 2020. A nuestro parecer, los

mandatos contenidos en la Directiva, en la medida en que sean concretos, implican tanto un mínimo como un máximo de protección a los contribuyentes. Téngase en cuenta, a tales efectos, que una de las líneas más recientes de evolución del Derecho de la Unión –está presente, por ejemplo, en la teoría anti-abuso del Tribunal de Justicia– vincula la prevención del abuso con la libre competencia en el mercado común. Esto significa que la lucha contra la elusión fiscal y contra el fenómeno BEPS se está convirtiendo en un deber de los Estados (no solo en un derecho). Por tanto, las medidas anti-elusión deben aplicarse de la manera más exacta posible. España, tal y como se ha venido señalando, debe como mínimo introducir los supuestos desencadenantes de la imposición de salida que no tiene regulados –apartados d), y probablemente a) y b), del art. 5.1 ATAD–, los de pago anticipado –apartados b) y c) del art. 5.4 ATAD–, introducir la regla “step-up” sobre valoración del artículo 5.5 y el supuesto de no sujeción del 5.7 ATAD; y, finalmente, limitar el aplazamiento a cinco años y determinar la exigencia de garantías sólo en casos excepcionales.

Bibliografía

- ARENAS GARCÍA, Rafael, (2017): «Libertad de establecimiento de personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia», en Górriz López, Carles y Arenas García, Rafael (coord.), *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, págs. 15-43.
- ARENDONK, Henk P. A. M. van (2010): «Exit taxes: separation of powers?». *EC Tax Review*, vol. 19, núm. 2, págs. 60-61.
- BROCKE, Klaus von; MÜLLER, Stefan (2013): «Exit Taxes: The Commission versus Denmark Case Analysed against the Background of the Fundamental Conflict in the EU: Territorial Taxes and an Internal Market without Barriers». *EC Tax Review*, vol. 22, núm. 6, págs. 299-304.
- BURLADA ECHEVESTE, José Luis (2014): «“Exit taxes”: un análisis a partir de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en Merino Jara, Isaac y Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio (coord.), *Concierto económico y derecho de la Unión Europea*, págs. 130-151.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel (2016): «Las discriminaciones fiscales generadas por el Estado de residencia del contribuyente y el Derecho de la UE: el problema de la importación de pérdidas extranjeras y de los impuestos de salida», en Martín Jiménez, Adolfo y Carrasco González, Francisco M. (dir.), *Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, págs. 115-157.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel y MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo (2017): «La directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿el principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 407, págs. 5-56.
- CALVO VÉRGEZ, Juan (2015): «El nuevo “exit tax” creado por la Ley 26/2014 y su compatibilidad con las libertades comunitarias de circulación y de establecimiento». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, págs. 59-73.
- CARO DE SOUSA, Pedro (2015): *The European Fundamental Freedoms. A Contextual Approach*. Oxford University Press.

- CORDEWENER, Alex (2007): «EC law protection against ‘horizontal’ tax discrimination on the rise – or how to play snooker in an Internal Market». *EC Tax Review*, vol. 16, núm. 5, págs. 110-112.
- DAVIES, Paul; SCHUSTER, Edmund-Philipp; WALLE DE GHELCKE, Emilie van de (2010): «The Takeover Directive as a Protectionist Tool? », en Bernitz, Ulf; Ringe, Wolf-Georg (ed.), *Company Law and Economic Protectionism. New Challenges to European Integration*. Oxford University Press, págs. 105-160.
- GARCÍA CARRETERO, Belén (2015): «Aspectos conflictivos relacionados con la tributación en el IRPF de trabajadores expatriados residentes». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 385, págs. 157-200.
- GUERRA REGUERA, Manuel (2010): «Los Impuestos de salida en el ámbito de la Unión Europea», en LASARTE, Javier; ADAME, Francisco (coord.), *Armonización y coordinación fiscal en la unión europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*. Centro de estudios financieros, págs. 157-169.
- HERRERA MOLINA, Pedro Manuel (2013): «Exit taxes y libertades comunitarias: ¿contradicciones o evolución en la jurisprudencia del TJUE?». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 29, págs. 1-32.
- HERTIG, Gérard; MCCAHERY, Joseph A. (2006): «Optional rather than mandatory EU company law: Framework and specific proposals». *European Company and Financial Law Review*, vol. 3, núm. 4, págs. 341-362.
- JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, Domingo Jesús (2013): «De “Lasteyrie” a “Comisión c. España”: ¿Hacia una mayor coordinación en el diseño de los “exit taxes” de los Estados miembros?». *Civitas. Revista española de derecho europeo*, núm. 47, págs. 149-184.
- JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, Domingo Jesús (2014): «The Permanent Establishment: Still a (Permanent) Requirement? ». *EC Tax Review*, núm. 1, págs. 4-15.
- KOFLER, Georg (2009): «The relationship between the fundamental freedoms and Directives in the area of direct taxation». *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, núm. 2, págs. 471-514.+
- MARTÍNEZ RIVAS, Francisco (2009): «Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso *Daily Mail* al caso *Cartesio*. Veinte años no son nada». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 1, págs. 132-142.
- MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo y CALDERÓN CARRERO, José Manuel (2007): «Los impuestos de salida y el Derecho Comunitario europeo a la luz de la legislación española». *Crónica tributaria*, núm. 125, págs. 49-76.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, José Miguel (2012): «Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Quincena Fiscal*, núm. 4, págs. 29-65.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, José Miguel (2015): «Pérdida de la deducción por reinversión en establecimientos permanentes situados en otros estados miembros: ¿una nueva forma de impuesto de salida? Análisis de la STJUE de 16 de abril de 2015, Asunto C-591/13». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 388, págs. 137-144.
- MUKWIRI, Jonathan (2013): «Free movement of capital and takeovers: a case-study of the tension between primary and secondary EU legislation». *European law review*, vol. 38, núm. 6, págs. 829-847.
- O'SHEA, Tom (2012): «Dutch Exit Tax Rules Challenged in National Grid Indus», *Tax Notes Interational*, enero, págs. 201-205.
- PANAYI, Christiana Hji (2011): «Exit Taxation as an Obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of EU Tax Law». *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, págs. 245-281.
- PATÓN GARCÍA, Gemma (2016): «Panorama Post-BEPS: una apuesta por la superación de los retos en la ejecución». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 399, págs. 85-118.

- PORTOLESE, Giovana Camila (2013): *I profile fiscali delle operazioni di riorganiozzazione societaria transfrontaliere nell'Unione Europea: il regime fiscale comune della Direttiva 2009/133/CE e le prospettive di sviluppo normativo*. Tesis inédita. Università di Bologna.
- PÖTGENS, Frank; OS, Pieter Van; DURAND, Pierre Henri (2016): «The compatibility of exit tax legislation applicable to corporate taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the eu freedom of establishment: Part 1». *Intertax*, vol. 44, núm. 1, págs. 40-62.
- PÖTGENS, Frank; OS, Pieter Van; DURAND, Pierre Henri; TURGOT, Anne-Robert-Jacques; DONY, Aliénor; SCHEIFELE, Matthias; KEUERLEBER, Gunther Wagner; SILVESTRI, Andrea; LANCELLOTTI, Lucia; ROMAO, Filipe; CALDAS, António Castro; PICHEL, Paulo; CANALEJO LASARTE, Guillermo; LÓPEZ POMBO, David; BEARE, Tony (2016a): «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment: Part 2». *Intertax*, vol. 44, núm. 2, págs. 163-179.
- PÖTGENS, Frank; OS, Pieter Van; DURAND, Pierre Henri; TURGOT, Anne-Robert-Jacques; DONY, Aliénor; SCHEIFELE, Matthias; KEUERLEBER, Gunther Wagner; SILVESTRI, Andrea; LANCELLOTTI, Lucia; ROMAO, Filipe; CALDAS, António Castro; PICHEL, Paulo; CANALEJO LASARTE, Guillermo; LÓPEZ POMBO, David; BEARE, Tony (2016b): «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment: Part 3». *Intertax*, vol. 44, núm. 3, págs. 247-265.
- RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador (2016): «Las ganancias patrimoniales por cambio de residencia: el nuevo impuesto de salida en el IRPF», en Cubero Truyo, Antonio (dir.), *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Homenaje al Profesor Dr. D. Juan Calero*, págs. 371-391.
- RIBES RIBES, Aurora (2014): «Intereses de demora y constitución de garantías en materia de exit taxes». *La Ley Unión Europea*, mes 14, págs. 5-15.
- RIBES RIBES, Aurora (2015): «Un nuevo exit tax en el ordenamiento español: el artículo 95 bis LIRPF». *Crónica tributaria*, núm. 154, págs. 119-138.
- RIBES RIBES, Aurora (2016): «La cláusula exit taxation en la propuesta de Directiva europea para luchar contra la elusión fiscal». *Crónica tributaria*, núm. 159, págs. 165-182.
- RIGAUT, Aloys (2016): «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons». *European Taxation*, vol. 56, núm. 11.
- RUHL, J. B. (2008): «Law's Complexity - A Primer». *Georgía State University Law Review*, vol. 24, núm. 2, págs. 885-911.
- RUIZ ALMENDRAL, Violeta (2010): «¿Tiene futuro el test de los "motivos económicos válidos" en las normas anti-abuso? (Sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 329-330, págs. 5-60.
- SANZ CLAVIJO, Alfonso (2009): «Constituye el artículo 14.3 LIRPF (y concordantes) una medida de imposición de salida? A propósito del procedimiento de infracción de la Comisión Europea». *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, año 25, núm. 9, págs. 11-30.
- SANZ CLAVIJO, Alfonso (2010): «The European Commission's Infringement Cases about Spanish Exit Taxes Provisions for Individuals and Companies». *Intertax*, vol. 38, núm. 6-7, págs. 371-377.
- SANZ GÓMEZ, Rafael Jesús (2012): *La Lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*. Civitas.

- SYRPIS, Phil A. J. (2015): «The relationship between primary and secondary law in the EU». *Common Market Law Review*, vol. 52, núm. 2, págs. 1-28.
- THÖMMES, Otmar; LINN, Alexander (2012): «Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?». *Intertax*, vol. 40, num. 8-9, págs. 485-493.
- TRIDIMAS, Takis (2005): «The Rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity», en SCHRAUWEN, A. (ed.), *Rule of Reason: Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*. Groningen: Europa Law Publishing.
- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, Antonio (2016a): «Traslado de residencia de sociedades al extranjero: Exit Tax y dudas de compatibilidad con el derecho comunitario», en MERINO JARA, Isaac; GARCÍA LUIS, Tomás (coord.) *La reforma del impuesto sobre sociedades*, págs. 675-706.
- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, Antonio (2016b): «Traslado de residencia de sociedades al extranjero, cese de actividad y transmisión de establecimientos permanentes», en Simón Acosta, Eugenio; Vázquez del Rey Villanueva, Antonio; Simón Yarza, María Eugenia; Aguas Alcalde, Emilio (coord.), *Problemas actuales de coordinación tributaria*, págs. 275-318.
- VILÁGI, Réka (2012): «Exit taxes on various types of corporate reorganizations in light of EU law». *European taxation*, vol. 52, num. 7, págs. 346-354.